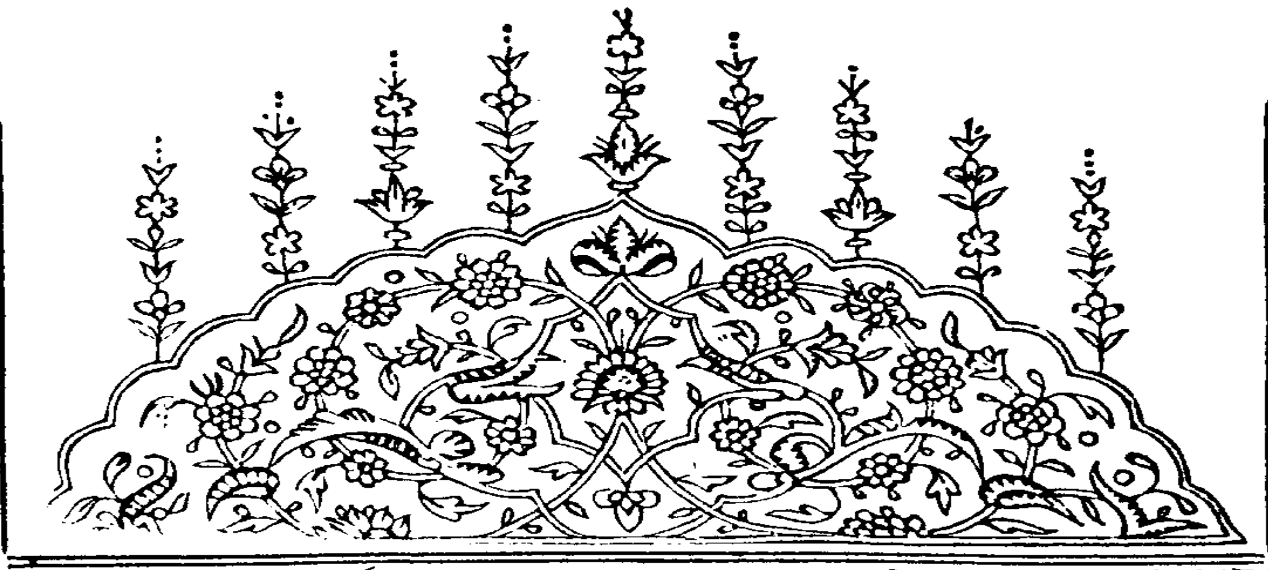
فهرست الجلد الثانى من حاشية الدرر للمولى عبد الحليم

تم فهرست المجلد الثانى



﴿ النصف الثاني من حاشية درر لعبد الحليم ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

ان احسن ما يوشح به صدور السفور * واعز ما يفتتح به كل رق منشور * وابهج ما يتوج به رؤس الكلام واولى ما يبتدأ به كل امر ذى احترام حمد من جعل العلماء نجوما للاهتدا وخصهم من بين خلقه بكونهم اعلاما للاقتدا وصلوة من هو سيد شيد اركان الدين بنى بنيان الشرع على اساس متين عليه صلوات الله اطيبها يبقى لقاء نعيم غير منصرم وعلى آله واصحابه الكرام الى آخر الليالى والايام) وبعد لما كان علم الفقه من بين العلوم الشرعية والاحكام النبوية المصطفوية هو المقصد الاقصى والمطلب الاسنى والاعظم شانا والارفع مكانا اذا تميز به الحلال عن الحرام بين الخواص والعوام وتكمل به نظام المعاش ونجاة المعاد وفلاح العباد بنيل المرام يوم التناد بل صار وسيلة للدولتين وذريعة للسعادتين اقام الله تعالى لهذا العلم فى كل عصر وزمان طائفة من العلماء الاعيان ومعشرا من فضلاء ذلك الاوان فكانوا يشيدون بتحميل المذاكرة والتصنيف قواعده الحسان ويجدون فيما حاولوه من حسن المدارسة والتأليف غاية الاحسان ومن هؤلاء الكرام ذوى الاحترام صاحب الدرر والغرر اذ هو محقق حقايق الفروع والاصول محرر دقايق المسموع والمعقول شيخ الاسلام مفتى الانام فى عصره واوانه قد جمع فيه متنا متينا لايطار غرابه ثم شرحه شرحا يكشف به مرامه وانى كنت فيما سلف من الاحيان بذلت ايام عمرى وطراوة سنى فى العلوم سيما على الاصول والفروع حتى وقع التدريس من هذا الكتاب كرة بعد اخرى باستخراج بعض اللطائف والمزايا بل باستكشاف اسراره والتعمق فى اغواره ومن ذلك طال الالحاح على من الطلاب ان اشرح الكتاب شرحا يكشف اسرار معانى المتن على الناظرين ويجلو برقع غوانى الشرح عيون الناظرين لما ان المتن مهرة لم تركب ودرة لم تثقب بل هو كنز مخفى وسر مطوى وان وجوه مخدرات الشرح بعد فى القناع وما قدر احد بالحاشية الوافية والعزيمة على افتراع فشرحته اولا بعون الله القادر وتوفيقه مع شغل القلب بمايدة الزمان وتشوش العصر والاوان الى كتاب البيوع وعندى حاشية عبد الوان ثم نصبت

مدرسا واقتضى به الحال ان ادرس من كتب آخر ثم رجعت قهقرى وجعلت انا كتب من كتاب البيوع وعندى حاشية المولى ابن المولى عزمى فجاء بحمدالله العلى الاعلى كما ترتضيه الاودا وان سخطه من فى قلبه من الحسد داوقد وقع الاختتام بمن الملك العلام فى زمن اعلم العلماء فى زمانه حامل لواء النشر فى اوانه عين عيون الاعيان شرف الزمان وجيد العصر فريد الدهر باسط النعم على الهمم شيخ مشايخ الاسلام مقتدى كافة الانام اعنى به مولانا واولانا محمد بهائى ابن المولى عبد العزيز ابن سلطان العلماء بالفضل والاتقان مفتى الانام معلم سلطان الزمان سعد الدين روح الله روحهما وانار مرقدهما ظل بابه العالى مدارا للعباد ودار الزمان عليه وفق المراد (شعر) هو البحر من اى النواحى اتيته * فلجته الفضل والجود ساحله * واسأل الله تعالى ان يجعل سعيى هذا معينا للطلاب بل سندا للقضاة المسلمين وولاة الموحدين وذخرا لهذا العبد الفقير العاجز الحقير يوم لا ينفع مال ولا بنون وعملا مبرورا له اجر غير ممنون والله الكافى الكفيل وهو حسبنا ونعم الوكيل

❊ كتاب البيوع ❊

(قوله اى البيع الذى دل عليه البيوع) دلالة الجمع على واحده وانما فسره ليتعين المرجع الاعم ويبسط عليه معناه اللغوى والشرعى ولم يبين وجه افراده بان التعريف لايكون الا للماهية لا للافراد لانه مشهور على انه لبس من فنه هنا (قوله مبادلة مال بمال مطلقا) اى سواء كان بطريق الاكتساب اولا والتراضى معتبر فى معناه اللغوى كما فى الشرعى كما فى الفتح وهذا هو الوجه الاخر فى ترك قيد التراضى فى معناه الشرعى والتحقيق ان المبادلة فعل اختيارى والاصل فيه الطوع ومعنى التراضى فيه مندرج فلا حاجة الى التقييد به فمن قيد التعريف الشرعى به اراد التصريح به فيما علم ضمنا لا لتحصيل المعنى الشرعى بزيادته اعلم ان العرفى والشرعى قد يزيد على اللغوى وقد ينقص وقد يتساويان والكل وارد فى الموارد صرح به المولى ابو السعود فى شرحه على الهداية هنا (قوله اذا شراه) اى اذا اخرج المبيع عن ملكه قصدا واخذ الثمن بدله ويقع على هذا المعنى فى الغالب (قوله اواشتراه) اى اخذ المبيع وبدل الثمن فبملاحظة كونه آخذ الثمن بايع وبملاحظة كونه باذل الثمن مشتر واذا كان احد البدلين نقدا فالامر ظاهر والافايهما تصورته فى صورة الثمن المبذول فالباء داخلة عليه فهذه الحيثية مقررة للامتياز كما فى الشرح المذكور (قوله يقال) صيغة المجهول اذ لا وجه لتعيين الفاعل بل لا يمكن لكثرته (قوله باعه الشئ) والضمير المنصوب هو المفعول الاول عبارة عن المشترى وهو المفعول الثانى فى قولهم باعه منه وانما جعل مفعولا ثانيا فيه مع انه بمعنى الفاعل لكونه آخذا لمرجوحية بواسطة الحرف وكلمة من فى مثل هذا المقام بمعنى الى كما فى الشرح المذكور اقول اذا كان باع بمعنى اشترى يكون من على بابه لكن قال فى المصباح المنير قال ابن القطاع وبعت زيدا الدار يتعدى الى مفعولين ويدخل من على المفعول الاول على وجه التأكيد فيقال بعت من زيد الدار وربما دخلت اللام مكان من فهى زائدة (قوله وانما جمع الخ) وانما لم يؤخر عن معناه الشرعى لما عرفت ان مرجع الضمير اعم من اللغوى والشرعى فلا يكون اجنبيا عما قبله فيرجع ضمير لكونه الى البيع باعتبار معناه الشرعى على ان فى التأخير بعد مسافة بين البيان والمبين بل اتيانه قبيل قوله هو مقامه الانسب كما لا يخفى (قوله لكونه انواعا) وقد يجمع المصدر لكونه بمعنى الفاعل او المفعول وهو طريق مشهور ايضا ولم يلتفته لعدم الجزالة هنا (قوله باعتبار المبيع لانه اما بيع سلعة بمثلها الخ) وقد صرح فى المنبع والتشنيف ان هذه الاربعة باعتبار المبيع والثمن معا والا ربعة الاخيرة انما هى باعتبار الثمن ويتنوع البيع باعتبار خيار وتنجيز وتأجيل ثمن كما فى الفتح (قوله ويسمى معاوضة) ويكون كل واحد منهما مبيعا وثمنا (قوله بطريق الاكتساب) متعلق بقوله مبادلة ولا شك ان الاكتساب ملحوظ فى البيع سواء حصل بالفعل اولا واهذا التعميم الخ

الطريق فبهذا خرج عن التعريف الهبة بشرط العوض والتبرع من الجانبين والقرض لانه اعارة ابتداء (قوله لم يقل على سبيل التراضى الخ) وفى اكراه الكفاية والكرمانى انه لوكان احدهما مكرها لم يكن بيعا لغة ويدل عليه كلام الراغب خلافا لفخر الاسلام وانت خبير بان هذا يؤيد ماسبق من فتح القدير وافاد بترك هذا القيد ان التعريف تعريف للبيع مطلقا نافذا كان اوغير نافذ ولذلك لم يحتج الى تقييد المال بالمتقوم (قوله ينعقد) اتى بالفعل المضارع ليدل على الاستمرار الجارى بين الانام الى يوم القيام عبر بالمطاوعة وهى التأثر من تأثير الفعل الصادر من العاقدين وهو الايجاب والقبول ولذلك دخل عليه الباء للملابسة والمعنى يحصل انعقاد البيع (قوله تعلق) اى انضمام كلام اى لفظ واحد العاقدين ابهمه لعدم التعيين فى ذاته (قوله على وجه) قيد للتعلق بعد التقييد بشرعا (قوله يظهر اثره وهو الملك فى المحل) اى فى المبيع للمشترى وفى الثمن للبايع والمراد بالمحل المبيع خص بالذكر لاصالته (قوله بالايجاب والقبول) اطلقه ولكن المراد ان يسمع كل كلام الاخر فلوقال البايع لم اسمعه وليس به صمم وقد سمعه من فى المجلس لايصدق كما فى الفتح واشار بكلمة الواو الى انه لو صدر الايجاب والقبول معا صح البيع كما فى التاتارخانية قال المقدسى فى شرحه ولوقال البايع بعت وقال المشترى اشتريت وخرج الكلمات معا ينعقد البيع كذا قال والذى انتهى قلت وجه الانعقاد ان الكل من العاقدين ايجابا وقبولا وحين صادف كلام احدهما كلام الآخر يكون كل منهما ايجابا من وجه وقبولا من وجه ولامنافاة بينهما فيصح العقد هذا (قوله وهو الاثبات) اشار به الى ان المراد الايجاب اللغوى وهو الاثبات ومنه الاثر اللهم انى اسألك من موجبات رحمتك اى من مثبتاتها فالايجاب اخراج الممكن من الامكان الى الوجوب اى الثبوت وهو المراد ههنا لا المصطلح ولهذا لايصير الآخر آثما بترك القبول والتحقيق ان المراد بالايجاب اثبات الفعل الخاص الدال على الرضاء الواقع اولا اعم من القول سواء وقع من البايع وهو بعت هذا منك بالف اومن المشترى وهو اشتريت هذا منك بالف واركب هذه الدابة بمائة والقبول الفعل الثانى وهو قوله اشتريته والافكل منهما ايجاب اى اثبات فسمى الاثبات الثانى بالقبول تمييزا له عن الاثبات الاول ولانه يقع قبولا ورضا بفعل الاول (قوله لانه يثبت) الاظهر ان يقال لانه يثبت البيع من اول الامر للآخر وهو بموافقته له صار قابلا لما اثبته المثبت ولانه يثبت للآخر خيار القبول وعليه كلامه فى النكاح (قوله والانشاء) هو والاختراع والايجاد والابداع متقاربة المفهوم يقال انشأ بفعل كذا اى ابتدأ به فسمى مايقابل الخبر لانه انشاء فعل لم يوجد بعد وهنا احداث المتكلم ذلك الكلام الدال على المطلوب ثبوته لاعلى حكم سابق مطابق للواقع اوغير مطابق (قوله والموضوع) اى واللفظ الذى وضع لغة وهو المتبادر للاخبار اى للفظ الماضى وهو المراد بقرينة السوق ومعونة الذوق وقوله قداستعمل اى فى لسان الشرع فيه اى فى انشاء البيع اشار بذكر الاستعمال الى [illegible] درجة هذا الوضع بالنسبة الى الوضع اللغوى (قوله فينعقد به) اى ينعقد البيع الـ[illegible] الموضوع لغة للاخبار وشرعا للانشاء (قوله فلا وجه للاعتراض عليه الخ) اراد [illegible] الشيخ اكمل الدين حاصله لا مخلص عن الماضى هنا فيحمل قوله الموضوع عليه وبـ[illegible] تخصيص حمل قوله قداستعمل فيه عليه والافلا يستعمل مطلق الاخبار فى انشاء البـ[illegible] ان البيع ينعقد بالمستقبل اذاقارن نية الحال واحتياجه الى النية ينبئ انحطاطه فلا [illegible] كمالايخفى (قوله واراد بالمستقبل صيغة الامر الخ) والتحقيق ان المراد بالمستقبل

صيغة الامر وصيغة المضارع المقارن بالسين اوسوف اومايفيد ذلك المعنى من مثل غدا فلا ينعقد بكل منها البيع وان قارن النية صرح به فى الفتح وما ذكر فى شرح الطحاوى والتحفة وكذا فى القنية والكافى للحاكم الشهيد من جوازه اذا كانا او احدهما بلفظ المستقبل ما يكون بلفظ المضارع العارى عن السين ونحوه وهو فى المختار انه موضوع للحال وقد قيل انه مشترك بينه وبين الاستقبال فاذا قارن نية الحال فى البابل استقر عليه على كل حال فينعقد البيع به بلا مقال نعم بقى هنا اشكال يرد على المصنف وصاحب الهداية اما وروده على المصنف فانه قد ذكر الماضى وهو يقابل الحال والاستقبال فيقتضى عدم انعقاد البيع بهما وقد عرفت انعقاده بالحال اذا قارن النية والحال لايندرج فى الماضى صرح به الفحول واندراجه فى المستقبل هو الظاهر والمقام مقام الضبط فعدم بيان الحال فى المتن يرى نوع قصور ويعلم منه وروده على صاحب الهداية كما لايخفى (قوله اذا قارنه النية) حاصل ماذكرهنا ان لفظ الماضى فى البيع حقيقة شرعية واستعمال غيره فيه مجاز بحكم التخاطب او بتشبيه صيغة الحال بالماضى بعلاقة الوجود فى الحال اوفى الماضى ولذلك احتاج صيغة الحال الى نية البيع فى الحال دفعا لكونها عدة اقول يظهر منه اندفاع الاشكال بجعل الماضى اعم من ان يكون حقيقة اوحكما وتصريح الفحول بعدم الاندراج بناء على الحقيقة واجتماع الحقيقة والمجاز فى عبارة المصنفين لايتحاشى عنه كما لايتحاشى عن اعتبار المفهوم المخالف كما لايخفى (قوله اى الماضيين) فيه بحث لان ما فسر به الموصول من نحو رضيت واعطيت لفظان ماضيان لاما فى معناهما ويمكن الجواب عنه بان المراد بالماضيين لفظا بعت واشتريت اقول الظاهر ان يعود الضمير الى الايجاب والقبول ولما كان فى تفسيره خفاء مااحتاج الى توجيه المقام بقوله يعنى ان كل مادل الخ ولقد صرح بعود الضمير اليهما كثير من شراح المتون ولافرق بين ان يكون البادى البايع او المشترى اويكون احدهما من هذه الالفاظ اوكلاهما نحو بعتك هذا بدرهم فقال رضيت اوقال اعطيتكه بكذا فقال اخذت اوقال اشتريت بدرهم فقال رضيت كما فى الشروح (قوله باعتباره) اى باعتبار تقدير البيع اقتضاء (قوله لا بلفظين) عطف على قوله باعتباره (قوله لينافى) اى ثبوت العقد بقوله خذه مامر من عدم انعقاد البيع به (قوله فى هذه العقود) اى العقود الشرعية الايرى ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة المحيل كفالة نظرا الى المعنى وايضا قالوا وهبتك هذه الدار او هذا العبد بثوبك هذا فرضى فهو بيع بالاجماع وانما قال فى هذه العقود احترازا عن الطلاق والعتاق فان اللفظ فيهما يقام مقام المعنى كما فى الفتح (قوله وان اعتبر اللفظ فى بعضها الخ) دفع لما يرد على الضابط الكلى وهو كون العبرة للمعانى حيث يرد عليه ان اصحابنا قالوا شركة المفاوضة لا تنعقد الا بلفظ المفاوضة لان شركة المفاوضة لما اشتملت على شروط لاتهتدى الى استيفائها العوام فى معاملاتهم اشترط التلفظ بها حتى لوكانا عالمين بشروطها فعقدا شركة المفاوضة بلفظ آخر مع استيفائها صح كما فى المنبع والتشنيف فظهر منه ان العبرة للمعنى فى هذا العقد ايضا بالنسبة الى عالم الشروح وعدم الاعتبار له فيه انما هو لعارض الجهل للعامى وخروج بعض الافراد عن الضابط الكلى بعارض لايقدح فيه صرح به الثقاة فى مواضع عديدة وتراه مستوفى فى كتاب الوكالة هذا وانت خبير بان عبارة المصنف هنا لاتفى المراد كما لايخفى (قوله حتى التعاطى) عطف على قوله مافى معناهما اى وينعقد ايضا بالتعاطى فظهر من عطفه بحتى ان ما اعم من ان يكون قولا اوفعلا لان من

من شرط العطف بحتى ان يكون المعطوف جزأ من المعطوف عليه كما صرح به فى محله والمعنى ان البيع كما ينعقد بلفظ يدل على معنى الايجاب والقبول ينعقد بفعل يدل عليه وهو الاعطاء والاخذ من غير قول اطلق التعاطى فشمل ماقبض البدلان فيه او احدهما فى المجلس وهو الصحيح ونص محمد على ان بيع التعاطى يثبت بقبض احد البدلين وهذا ينتظم الثمن والمبيع ونصه فى الجامع الصغير على ان تسليم المبيع يكفى لاينافى الاخر كما فى الفتح وذكر فى الظهيرية قال القاضى الامام ابو الحسن السغدى وهذا البيع لا يكون الا بقبض البدلين جميعا وقال بعضهم ينعقد هذا البيع بقبض احد البدلين انتهى و فى لفظ التعاطى اشعار بانه يشترط الاعطاء من الجانبين وعليه شرح المصنف وماقاله البعض هو مختار شمس الائمة السرخسى ولكن اوله فى العمادية بانه اذا قبض المبيع ولم يقبض الثمن اما اذا دفع الثمن ولم يقبض المبيع فلايجوز لان المبيع اصل وفى المجتبى حقق ثبوت بيع التعاطى بقبض احدهما ايهما كان اذا كان على وجه الشراء فظهر ان المنصور هو قول البعض وهو مانص به محمد (قوله اى النفيس والخسيس) قدم النفيس لانه المتنازع فيه فى هذا المقام ومن عادة الكرام تقديم المهام وفى تأخير الخسيس صون اللسان عنه فى اول الوهلة وبعد جريان الشريف لايضر المضرات (قوله هو الصحيح) وجهه ان المعنى وهو الدلالة على التراضى يشمل الكل وهو الصحيح كما فى الفتح وذكر فى الاختيار وبالتعاطى فى الاشياء الخسيسة والنفيسة نص عليه محمد ثم عبارة الصحيح والاصح ونحوهما من دأب اصحاب الترجيح من المقلدين كابى الحسين القدورى وصاحب الهداية والخلاصة ونحوهم وانما شانهم تفضيل بعض الروايات على بعض آخر بقولهم هذا اصح دراية وهذا اصح رواية واوفق للقياس وارفق للناس (قوله لاماقال الكرخى) وهو ثقة امام مقبول فى الفروع والاصول وفى حقه هو المسطور ومن اصحاب التخريج واصاحب الترجيح ان يقبل تخريجه وان يقبل خلافه (قوله كالبقل ونحوه) من الخبز واللحم والحطب اشار به الى ان المراد بالخسيس هنا ماقل ثمنه وجمع النحو بالكاف اشارة الى الكثرة كما هو المشهور بين الجمهور اذالكاف قد يدخل على واحد منحصر وهذا الجمع مثل جمع صاحب المفتاح بين الكاف والنحو او المثل بقول مثل كالتعريف وكنحو هذا وغرض الجمع الافصاح عن الكثرة غاية (قوله وينعقد ايضا بلفظ واحد كما فى بيع الاب) قال خواهر زاده الاب يتولى العقد من الجانبين اذا اتى بلفظ يكون اصيلا فى ذلك اللفظ بان قال بعت هذا من ولدى فيكتفى به واما اذا اتى بلفظ لايكون اصيلا فيه بان قال اشتريت هذا المال لولدى لايكتفى به ولابد ان يقول بعت انتهى فعلى ماقاله فى صورة الشراء وجد تولى الواحد العقد من الجانبين لكن بلفظين لابلفظ واحد وذكر فى فتح القدير وغيره ان الاب يتولى طرفى العقد فى بيع مال ابنه منه اواشترائه لنفسه ولم يتعرض فيه لوحدة اللفظ وعدم وحدته تدبر اقول يظهر بماقاله خواهر زاده ومن اختيار المصنف اللفظ ان التعاطى لايجرى فى ذلك اطلقه فشمل مالو باع الاب مال الصغير من نفسه يجوز بمثل القيمة و بمايتغابن الناس فيه كما فى صدر الشريعة فى الوصية (قوله فاذالزم عليه) اى على الاب الثمن فى صورة شرائه اى شراء الاب لنفسه لايبرأ عن الدين وان كان مقتضى النيابة ان يكون الثمن امانة عند الاب اذا عينه وافرزه من ماله كما اذاقبضه من اجنبى فانه امانة عنده الا ان هذا الثمن لما لزم عليه من جهة دخول المبيع فى ملكه لايبرأ عنه وعن كونه دينا عليه حتى ينصب القاضى الخ بخلاف الثمن المقبوض من الاجنبى كما لايخفى (قوله

وكذا لوقال بعتمنك) يريد ان سوق كلامه فى انعقاد البيع بلفظ واحد سواء كان متولى العقد واحدا اومتعددا ولكن اللايق ان سوق كلامه فى انعقاد البيع من واحد بلفظ واحد لانه اذا جاز العقد بترك اللفظين كما فى التعاطى من الجانبين فجوازه بترك احدهما و يجعل الطرف الاخر تعاطيا يفهم بالطريق الاولى فلاافادة فى تعميم الكلام له هنا وممن يتولى الواحد عقد البيع وصى الاب فانه يجوز اشتراؤه لليتيم من نفسه اولنفسه منه بشرط المعروف فى باب الوصية عند ابى حنيفة وابى يوسف كما فى صدر الشريعة وكذا الوصى يبيع للقاضى والعبد يشترى نفسه من مولاه بامره كما فى مبسوط خواهرزاده (قوله ويخير القابل) اى من هو فى صدد القبول مجازا اطلق عليه باعتبار الاول لاحقيقة لان القابل حقيقة لايبقى فيه خيار القبول فى مجلس الايجاب (قوله فى المجلس) اللام للعهد اى فى مجلس قصد فيه الى العقد (قوله لترويج الردى) متعلق الى الضم والنقص على سبيل التنازع (قوله باقل من ثمنه) اى ثمنه الذى يكون عند انفراده (قوله الا ان يبين ثمن كل واحد) لانه صفقات معنى ظاهره حصول تعدد الصفقة بمجرد بيان ثمن كل بعض من المبيع وبه قال البعض وهو مختار صاحب الهداية كما ترى ومنعه الآخرون وقالوا لايحصل به التعدد مالم يكرر لفظ البيع وحملوا كلام صاحب الهداية على ما اذا كرر لفظ البيع ورجح فى الفتح ما فى الهداية حيث قال والوجه الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن لان الظاهر ان فائدته ليس الا قصده بان يبيع منه ايهما شاء والا فلو كان غرضه ان لايبيعهما منه الاجملة لم تكن فائدة لتعيين ثمن كل منهما انتهى اطلق صاحب الهداية الاكتفاء بمجرد تفصيل الثمن فى جعل العقد متعددا واقتفى اثره صاحب الفتح كما ترى ولكنه مقيد بما اذا كان منقسما على المبيع باعتبار القيمة كما اذا جمع بين عبدين اوثوبين فقال بعتكما بالف كل واحد بخمسمائة فقبول احدهما لايكون تفريق الصفقة اما اذا كان منقسما عليه باعتبار الاجزاء كالقفيزين من جنس واحد فالتفصيل فيه لايجعله فى حكم عقدين لانه منقسم عليهما بالاجزاء فكان فى حكم المفصل كما فى شرح المجمع لمصنفه وقال صاحب البحر هذا بقيد حسن واذا كان الصفقة متحدة ولم تتعدد بمجرد تفصيل الثمن فيما اذا انقسم عليه باعتبار الاجزاء لم يجز التفريق فى القبض ايضا كما لايخفى (قوله وقال الزيلعى) وما فى الزيلعى والكافى هو الموافق لما ذكر فى المبسوط والمحيط وما فى الهداية هو الموافق لما فى البدايع وفى تتمة الفتاوى تفصيل ومن اراده فليراجعه (قوله وعندهما له ذلك) اى للمشترى قبول بعض المبيع دون البعض ان فصل الثمن الخ ومن حمل مافى الهداية على انه قولهما اظهر عدم تتبعه كما لا يخفى (قوله كالصورة المذكورة) وهى قوله بعتك هذين كل واحد بكذا الخ (قوله اقول منشاؤه الغفلة) يعنى ان مراد القدورى رضى البايع بتفريق الصفقة بعقد جديد ومثل هذا لايسمى تفريق صفقة فى الحقيقة لكن لما ابتنى هذا العقد على الايجاب الاول شابه تفريق الصفقة الا انه ليس كذلك كما ترى وحاصل اعتراض المعترض على اطلاق قول القدورى وحاصل الجواب عنه بالحمل على المقيد انتهى (قوله ولهذا قلت) اى ولورود الاعتراض على اطلاق كلامه قلت اى اتيت بالكلام مقيدا (قوله بسببه) اى بسبب المجلس متعلق بقوله عدت وقوله واحدة مفعول ثان لعدت وفى بعض النسخ واحدا اى امرا واحدا وهو الاظهر (قوله وانما لم يكن الخلع والعتق على مال كذلك) لان الخلع والعتق يفتقر الى ايجاب وقبول وكذا تعليق عتق العبد بقبوله لما سبق فى باب الخلع (قوله من جانب الزوج والمولى) قيد بهما لان الخلع والعتق على مال معاوضة فى حق المرأة والعبد فيبطل

To: www.al-mostafa.com

الايجاب بقيامها (قوله فكان ذلك) اى الاشتمال على اليمين (قوله كالخطاب) افاد بالتشبيه ان له الرجوع قبل التبليغ كما فى الخطاب كما فى النهاية (قوله فاذهب واخبره) افاد به انه لو بلغه بغير امره فقبل لم يجز لانه ليس رسولا بل فضوليا ولو قال بلغه يافلان فبلغه غيره فقبل جاز كما فى فتح القدير وهذا مما يحفظ جدا وقوله اخبره و بلغه واده ونحو ذلك بمعنى ولم يذكره فى الكتاب لاستغنائه عنه بما فى الكتاب (قوله و يبطل الايجاب) اى ايجاب الموجب بايعا كان اومشتريا قبل القبول اى قبول الآخر ولابد من سماع الآخر رجوع الموجب كما فى التاتارخانية وذكر فى التتمة انه يصح الرجوع وان لم يعلم به الآخر انتهى ولو صادف رجوع الموجب قبول الآخر بطل كما فى الفتح اى بطل البيع لما فى الخانية من انه ولو خرج القبول ورجوع الموجب معا كان الرجوع اولى انتهى (قوله فقال فى مجلس بلوغ الكتاب) وفهم مافيه قراءة نفسه اوقراءة عليه (قوله بالرجوع) وكذا لايبطل بموت احدهما ولذا لايورث خيار القبول كما فى البحر و بتغير المبيع بقطع يد وتخلل عصير وزيادة ولادة وهلاكه كما فى المحيط (قوله الى الساعى) وهو من يسعى فى القبائل ليأخذ صدقة المواشى فى اماكنها فيكون كالوكيل من جانب الفقير وعدم قدرته على الاسترداد عند دفعه الى الفقير نفسه بالطريق الاولى كما لايخفى (قوله لتعلق حق الفقير) علة لقوله لايقدر وقوله لان حقيقة الملك الخ تعليل لقوله لاينتقض وجواب عن النقض حاصله ان الاصل الموجب للدفع قائم وهو النصاب وانما الفائت وصفه وهو النماء فبعد اخذ السبب حكمه تم الامر وفيما نحن فيه لم يوجد الاصل بل شطره فلا يكون البيع موجودا كما فى الفتح (قوله بقيام ايهما) اى احدهما اطلق القيام ولم يقيده بالانتقال عن المجلس لما فى الفتاوى الصغرى من انه ان قام احدهما بطل الايجاب وان لم يذهب لان القيام دليل الاعراض وهكذا فى الخانية وعليه ظاهر الهداية ومشى عليه جمع حتى لو قام احدهما لحاجة لامعرضا يبطل الايجاب كما فى القنية فظهر ان المذكور مطلق القيام فى عامة الكتب كما فى المنبع والتشنيف الا انه ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده فى شرح الجامع اذا قام البائع ولم يذهب ثم قبله المشترى صح واليه اشير فى جمع التفاريق وعبارة المصنف هنا كعبارة القدورى قيل فيه اشارة الى ان الذهاب عن المجلس شرط لان القيام عنه انما يتحقق بالذهاب وما لم يذهب لايقال قام عنه بل يقال قام فيه كما فى معراج الدراية واشار بالقيام والتعليل الى ان المجلس يتبدل بما يدل على الاعراض كالاشتغال بعمل آخر من اكل الا اذا كان لقمة اوشرب الا اذا كان القدح فى يده فشرب اونوم الا النوم جالسا وصلوة الا اتمام فريضة اواتمام شفع فلو اتمه اربعا بطل وكلام ولو لحاجة اومشى الا الخطوة والخطوتين كما فى الخلاصة وفى جمع التفاريق و به نأخذ وهو خلاف ظاهر الرواية كما فى البحر (قوله لان القيام دليل الرجوع) هذا بناء على اعتبار المجلس فى العادة والا فقد يكون البيع حال قيام العاقدين ومشيهما وسيرهما ونحو ذلك فكل مادل على ابطال الايجاب فعلا ومجلسا قولا وحالا فهو يرد انعقاده كما فى شرح المولى ابو السعود وفى الجوهرة لو كان قائما فقعد لم يبطل وذكروا انه لو كانا يمشيان او يسيران ولو كانا على دابة لم يصح فى ظاهر الرواية لاختلاف المجلس واختار الطحاوى وغيره انه ان اجاب على فور كلامه متصلا جاز وصححه فى المحيط وقيل يصح وان فصلا بسكوت ما لم يفترقا بابدانهما وفى المجتبى ما لم يفترقا بذاتيهما وهو احسن وهذا الاختلاف ما اذا لم يقف اما اذا وقف بعد ماسار فقبل الآخر فانه يصح كما فى المحيط وذكر فى البدايع وغاية البيان ولو كانا فى السفينة ينعقد واقفة كانت اوجارية وهى بمنزلة البيت

(قوله انما وجد بعد الدلالة) فلم يبق مجلس الايجاب بالقيام فلا يجتمع (قوله قبلت بالايجاب)
فلا يكون معارضة بينه و بين الدلالة كما لا يخفى (قوله ولذا) اى ولو وجد ان الصريح بعد الدلالة
لم يعارض الصريح الدلالة التعارض عند مجيء المتعارضين معا والا فبعد عمل المتقدم ولو ضعيفا
بل اضعف لم يعارضه المتأخر (قوله ولزم اى البيع بهما) اى بالايجاب والقبول اشار باللزوم
بهما الى انهما لو اقرا ببيع ولم يكن بينهما حقيقة لم ينعقد كما فى الصيرفية (قوله وقال الشافعى)
وكتب الشافعى على اختلاف النقل عنه ولكن ماذكره المصنف موجود مقرر فذكر علمائنا
بناء عليه ولا يلزم ان يكون ذلك اقوى اقوالهم بل يكفى كونه مسموعا (قوله ولنا ان فى الفسخ
ابطال حق آخر) اشار بترك الادلة النقلية فى هذه المسئلة مع كثرتها من الآيات والاحاديث
ان ماذكره من بت العقد وحق الآخر كانه امر متفق عليه بين الخصمين والشافعى رحمه الله
معترف به على مايفصح عنه الكتب الشافعية روضتهم وغيره او ان ماذكره مدلول النقلية
ومقتضى العقلية لان النصوص قد دلت صراحة ان لاحد العاقدين يدا وحق التصرف
فى المبيع والمقبوض على ماسنذكر اجمالا ان شاء الله تعالى و بعد اعتراف الكل بكون البيع هذه
المبادلة لا وجه للقول بعدم القطع و البت عند وجود الاركان ولذلك لم يبق مجال الا تأويل
الحديث المتمسك به للخصم فيكون الخصم محجوجا عليه بماذكره او بما يثبته (قوله فلا يجوز)
اى الفسخ او الابطـال ولكل وجهة (قوله فممنوع) وانت خبير بان ممنوعيته انما يكون على
الوجه الثانى السابق ذكره (قوله بل هو اول المسئلة) اى ثبوت حقيقة الملك اول ماينازع
فيه فى المسئلة حيث لم يثبتها الشافعى قال بخيار المجلس وثبتت عندنا لم يبق لهما خيار المجلس
(قوله لم يكن للقبول فائده زائدة) اى فى ثبوت الملك بل كان وجوده وعدمه سواء بالنسبة الى ثبوته
مع انه ركن يتم به العقد والخصم معترف به فبعد الاعتراف بتمامه به لا وجه لنفى القطع مع ظهور
البتات عقلا ونقلا (قوله فالاحسن ان يقال) وحسن الاول مقرر اذ الوارد عليه وارد على
ظاهره لا انه وارد حقيقة واحسنية هذا لانه لا يرد عليه مايرد على ذلك (قوله لما قال الله تعالى
يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود) و هذا عقد قبـل التخيير يلزم الوفاء به و فى اثبـات
الخيار نفى لزوم الوفاء به وقوله تعالى واشهدوا اذا تبايعتم امر بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد
للبيع والبيع يصدق قبل الخيار بعد الايجاب و القبول فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان
ابطال معنى الكتاب فيسقط القول بثبوت الخيار ولما روى مالك عن ابن عمر رضى الله تعالى عنه
انه عليه السلام قال من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه مد المنع من البيع الى وجود القبض
وعند وجوده جاز بيعه سواء وجد القبض فى المجلس او بعده والبيع لا يجوز الا بعد ثبوت الملك
ولقول عمر رضى الله تعالى عنه البيع صفقة اوخيار اى خيار شرط اوخيار رؤية اوخيار عيب
و للاجماع على ان الاموال تملك بعقد البيع والمنافع تملك بعقد الاجارة والابضاع تملك بعقد
النكاح اذا وجد الايجاب والقبول والمؤثر فى اثبات الملك هو العقد بالتراضى من الاهل فى المحل
فجميع ذلك يقتضى تمام العقد بالايجاب والقبول نصا و بتاته ظاهرا ومقتضى رأى الشافعى
ان لا يجوز تصرف المشترى و ان لا يلزم الوفاء بالعقد بعد تمام العقد بالايجاب والقبول الا بعد
التفرق بالابدان او اسقاط ذلك الخيار وذا مخالف لماذكر من النقل والعقل هذا زبدة ماكتب
هنا فى المعتبرات (قوله والقول بالخيار) تقييد وهو نسخ وابطال حق الآخر لانه لا مجال لانكار
تمام العقد بالركنين و عند تمامه يثبت الملك لا محالة فلا يجوز ابطال حقه لقوله عليـه السلام

لاضرر ولاضرار فى الاسلام وفى اثبات الخيار لاحدهما اضرار للآخر فلا يثبت كما فى التشنيف والاختيار واما القول بخيار الرؤية او العيب فلبس فيه ابطال حق الآخر كما فى خيار اشترط فى صلب العقد و هو خيار الشرط لانه لم يوجد فيه عقد بالتراضى فبينهما و بين ما نحن فيه قياس مع الفارق كما لايخفى للمتأمل الصادق (قوله وفائدته دفع توهم) و دفع توهم انهما اذا اتفقا على الثمن و تراضيا عليه ثم اوجب احدهما البيع يلزم الآخر من ان يقبل ذلك للاتفاق والتراضى السابق فالحديث قد افاد ان للآخر خيار القبول فى هذه الصورة و لايلزم العقد بكلام احدهما مالم يوجد القبول من الآخر كما فى الفتح (قوله وفى الثالثة حقيقة لما تقرر) ولانا نفهم من قول القائل زيد وعمرو هناك يتبايعان على وجه التبادر انهما متشاغلان بامر التبايع فيكون هو المعنى الحقيقى والحمل على الحقيقى متعين كما فى الفتح والتبادر علامة الحقيقة واطلاق المتبايع بلاحظ الاتصاف بالمضى اوالاستقبال مجاز والحقيقة اصل والمجاز خلف لها فلا يصار اليه الاعند تعذرها لاسيما فى اثبات الاحكام الشرعية كما صرح به فى محله (قوله وهى) اى الاجزاء من اواخر الماضى و اوائل المستقبل حال المباشرة فتلك الحالة هى احق بحقيقة حالة التبايع اذلايتصور لها حقيقة سواها كما فى المنبع (قوله بان يقبل احدهما) من الاقبال اى بان يقبل احدهما الى البيع وهو معنى الايجاب فالاظهر ان يقال بان يوجب احدهما (قوله لا ماقبلها) عطف على قوله حال المباشرة اى لاماقبل حال المباشرة كما فى الوجه الاول ولامابعدها كما فى الوجه الثانى وقد سبق ان البيع من الاضداد فحقيقة صيغة المتبايعان انما هى هذه الحالة (قوله او يحتملها) عطف على قوله حقيقة فى الحال و عطف الجمل على المفردات فصيح صرح به الثقات اى يحتمل اسم الفاعل الحال هذا جواب تسليمى فالمعنى ان حمل الحديث على خيار القبول متعين عند كل احد حتى عند الخصم بحكم ما بين فى اسم الفاعل من ان معناه الحقيقى اقتضى هذا الحمل و المقدمات المذكورة السابقة مقدمات صحيحة فى اثبات المعنى الحقيقى مسلمة عند الخصم اى لا مجال لاحد الى انكارها و لئن سلم عدم التعين لكن لانزاع فى الاحتمال و الدليل المحتمل غير مراد الخصم لايجدى نفعا فى اثبات مدعاه فوجب لنا الحمل على ماقلنا توفيقا للنصوص وحفظا للاصل المقرر المضبوط بالنقل و العقل كما قررناه فيما سلف هذا غاية مراد المصنف هنا تجده موافقا لما ذكره عند التأمل الصادق كمالايخفى (قوله لئلا يلزم ابطال حق الآخر) وقد دفع كون هذا اول المسئلة فصح ايراده فى مقام الاستدلال فلا يسمع قول الخصم انه هو اول المسئلة كمالايخفى (قوله والتفرق المذكور فى الحديث محمول الخ) عطف قضية على قضية والجواب عن الحديث الخ ولم يأت بالفاء مع ان لها وجها حيث ان هذا الحمل ناش عن حمل المتبايع على حالة المباشرة اشعارا بان هذا التوجيه غير موقوف على الحمل المذكور بل يقتضيه العقل والاصل والنصوص (قوله محمول على تفرق الاقوال) وحمل التفرق على الاقوال كثير فى الشرع والعرف قال الله تعالى وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الامن بعدماجاءتهم البينة وقال الله تعالى وان يتفرقا اى عن النكاح وقال عليه السلام افترقت بنوا اسرائيل على ثنتين وسبعين فرقة وستفترق امتى على ثلاث وسبعين فرقة وايضا حقيقة التفرق لايختص بالمكان بل هى عائدة الى ماكان الاجتماع فيه واذا كان الاجتماع فى الاقوال كان التفرق فيها وان كان فى غيرها كان التفرق فيه حاصله الاشتراك فيهما ورجحنا الاول ابوا فق النصوص المطلقة ولكونه معهودا فى الشرع ولئلا

يخالف ما قبله من صيغة اسم الفاعل فان قلت يرجح الخصم المعنى الثاني لتقييد التفرق بالمكان على مارواه البيهقي ورواية البخاري مرفوعا اذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار مالم يتفرقا اويخير احدهما الآخر وكانا جميعا وان تفرقا بعد ان تبايعا ولم يترك احد منهما البيع فقد وجب البيع قلت هذا معارض بماروى عن النبي عليه السلام على مافي الكافي والتشنيف وغيرهما المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا عن بيعهما فتعا رضا وتساقطا فبقي البوافي لنا سالمة من المعارضة (قوله بان يقول احدهما بعت الخ) هكذا ذكر في المستصفى وفتح القدير فمعنى التفرق حينئذ رد القول الاول ومعنى الحديث الموجب والقابل مخيران في الرجوع عن ايجابه وفي قبوله مالم يرد الموجب ايجابه بالرجوع والقابل ايجاب الموجب عند امكان قبوله فاذا وجد التفرق لم يبق البيع اصلا في كلتا الصورتين وذكر في غاية البيان التفرق هو قبول الآخر بعد الايجاب فاذا قبله فقد تفرقا وانقطع الخيار انتهى اى تفرقا اوتفرق قولاهما عن البيع فعلى هذا معنى الحديث المتبايعان بالخيار الموجب في رجوعه والقابل بين قبوله وعدمه فاذا وجد التفرق اى قبول الآخر بعد ايجابه لم يبق الخيار لهما ولزم البيع وكلا التوجيهين صحيحان ومحتملان ولكن الثاني هو الاوجه لان ظاهر سوق الحديث في بيان انعقاد البيع ولزومه مالم يقرر عارضا كما لا يخفى (قوله فان قيل الخ) وانت خبير بان هذا السؤال بعد معرفة معنى التفرق لايرد فلايحتاج الى ما ارتكبه في الجواب عنه على ان معنى الحديث يكون حينئذ المتبايعان بالخيار مالم يفترق قولاهما بلا اجتماع فان افترقا بلا اجتماع فلاخيار للمتبايعين وذلك المعنى عرى عن الافادة كما لايخفى (قوله ضيق فم الركية) من التضييق التفعيل والتفعل من واد واحد صرح به مولانا ابو السعود والركية البئر ومن الامثلة المشهورة في هذا الباب قولهم سبحان من صغر البعوض وكبر الفيل اى خلقه صغيرا ابتداء وخلق الفيل كبيرا ابتداء فكان خلاف ماوقع جعل كالواقع (قوله وكفى في صحة البيع) قيد به لانه مقتضى السوق واحترز به عن السلم فان رأس المال فيه اذا كان مكيلا اوموزونا يشترط فيه معرفة مقداره في صحته عند ابي حنيفة ولا يكتفى بالاشارة على ما سيجيء (قوله لكونها ابلغ طرق التعريف) ولايلزم منه اعرفية اسم الاشارة من العلم ولامساواته به لان افادة العلم التعريف بالوضع وافادة اسم الاشارة بالاستعمال المندرج هو فيه فلا يساويه نعم افادة المضمرات التعريف بحسب الاستعمال لابالوضع الاان اعرفيتها عن سائرها لمعنى ذكر في محله (قوله فلا يحتاج الى بيان القدر والوصف) فاذا قال بعتك هذه الصبرة من الحنطة اونحوها وهي مجهولة العدد بهذه الدراهم التي في يدك وهي مرئية فقبل جاز ولزم لان الباقي جهالة الوصف يعني القدر وهو لايضر اذلايمنع من التسليم والتسلم لتعجله كجهالة القيمة لاتمنع الصحة كما في الفتح واشار بقوله في الشرح والوصف وباطلاق كفاية الاشارة في المتن الى ان التقييد بالمقدار كما في الهداية اتفاقي بناء على انه اذا كان مع الاشارة لا يحتاج الى معرفة المقدار فعدم احتياجه الى معرفة الوصف بالاولى والى ان جهالة الوصف في اعواض غير ربوية لاتضر عند الاشارة في صحة البيع حتى لو وجدها زيوفا اونبهرجة كان له ان يرجع بالجياد لان الاشارة الى الدراهم كالتنصيص عليها وهوينصرف الى الجياد ولو وجدها ستوقة اورصاصا فسد البيع وعليه القيمة ان اتلفها كما في الفتح والبحر مع تصرف في التعبير (قوله وشرط معرفة مبيع) اراد بالمعرفة العلم دون الذكر كما في اصلاح الايضاح (قوله عنده متاعا) غصبا او وديعة (قوله ذكره الزاهدي) نقلا عن المحيط (قوله عما يرفع

الجهالة) اشار به الى ان البيع لم يصح بمجرد ذكر المبيع وفي البدايع انما اشترط معرفة قدر المبيع
لا وصفه وظاهر ما في الفتح ان معرفة وصف المبيع شرط الصحة كمعرفة القدر والحق ان
معرفة وصف المبيع ليست شرطا بعد الاشارة اليه او الى مكانه واما اذا لم يكن كذلك فلا بد
من بيان وصفه وللمشتري خيار الرؤية فلو قال بعتك اردبا من القمح بكذا ولم يعلم المشتري حال
البايع انه من بحيري او صعيدي ولم يصرح البايع بوصف القمح بانه فلاني لا يصح العقد
وان صرح به او علم حاله يصح اذ الجهالة في الاول تفضي الى النزاع لان البايع يريد دفع
ما هو ردي والمشتري يطلب الرفيع ولا دافع لمثل هذا النزاع فيفسد البيع بخلاف التفاوت
في الموصوف فانه لا يمنع الصحة الا ان للمشتري خيار الرؤية هذا زبدة ما في الفتح والبرجندي
والنهر وعليه كلام المصنف (قوله باع غائبا) اى شيئا غائبا (قوله وليس فيه مسمى الخ) جملة حالية
من قوله مكانه واشار به الى انه لابد من ذكر نوعه او جنسه والاشارة الى مكانه بعد ذكر جنسه
هل يشترط ام لا ففيه اختلاف المشايخ ومختار المصنف الاشتراط وسيجيء بعض تحقيقه
ان شاء الله تعالى (قوله لان الجهالة) اطلقها فشملت جهالة من جهة التفاوت كما في التأجيل
الى هبوب الريح ونحوه ومن جهة التقارب كما في التأجيل الى الحصاد ونحوه (قوله من التسليم
الواجب) اى شرعا فيفضي الجهالة الى كون المشتري آثما لو لم يسلم على ما هو مقتضى الوجوب
فكل ما كان كذا لابد من الحذر عنه فكل جهالة مانعة لابد من الحذر عنها وما يقيد النص
او يخصصه من طريق العقل والاضطرار لا يضر الاطلاق والعموم وقطعية المطلق والعام
على ما صرح به الفحول في علم الاصول وتلقوه بالقبول كما في شرح المولى المذكور (قوله تقييد
المطلق بالرأي) اى بالقياس الى نص السلم وهو المراد اما ما ذكره المولى المذكور فطريق
مقبول واما كون هذا الدليل قياسيا فمحل بحث بل لم يقل به احد فيرجع الى ما ذكره المولى
المذكور فيسقط كونه اشكالا ولا يحتاج الى ما ارتكبه من الجواب الامكاني اولا وابعده من التحقيق
ثانيا تدبر (قوله ويمكن دفعه الخ) قال في الفتح عطفا على الدليل العقلي السابق ولانه
عليه السلام في موضع شرط الاجل وهو السلم اوجب فيه التعيين حيث قال من اسلف في ثمره
فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم وعلى كل ذلك انعقد الاجماع انتهى
وتقييد المطلق بالاجماع صحيح لما تقرر في الاصول فيندفع الاشكال بهذا الطريق ايضا
والتحقيق فيه ان اشتراط معلومية الاجل في عقد البيع ثابت بدلالة نص السلم لان مناط
هذا القيد قطع المنازعة وذا معتبر فيهما من غير فرق فظهر ان اشتراط معلومية الاجل
ليس بثابت بهذا النص حتى يرتكب فيه ما ارتكب بل هو ثابت بالاجماع او بدلالة نص
السلم تدبر (قوله فصرف الى نصف يوم الخ) وبالشهر يفتى على ما صرح به اصحاب الفتاوى
والشروح لانه المعهود في الشرع في السلم واليمين ليقضين دينه آجلا (قوله والنص ليس
بمطلق بالنظر اليه) بل هو ساكت عن هذا وما سكت عنه النص يجوز اثباته بخبر
الواحد وبالرأي بلا خلاف ومثل هذا لا يسمى زيادة حكم به على النص حتى يكون
التقييد به نسخا كما صرح بنظيره في محله (قوله فبالنظر الى التأجيل) يكون البيع مطلقا
ولذلك شمل البيع المطلق في النص ما كان معجلا ومؤجلا والمطلق القطعي جاز على اطلاقه
قطعا فلا يجوز تقييده بظني مثلا لا يقال فيما نحن فيه ان البيع المؤجل لا يجوز لخبر واحد كذا
او لرأي كذا لدخول جواز البيع المؤجل تحت النص المطلق القطعي هذا هو المراد وليس
هنا مخالفة السياق للسباق كما لا يخفى على من يخرج المحل (قوله واما تعيين وقت الاجل)

اعترض عليه بان اشتراط معلوم الثمن واشتراط معلومية قدر المبيع ايضا يكون زيادة على النص بالنظر الى هذا الاطلاق وجواب المصنف لابد فعه لكونهما داخلين في البيع والجواب عنه ان البيع يستلزم شرعا وجوب التسليم ومتى لم يكن كل من الطرفين معلوم القدر بل لولم يكن معلوم الوصف كان مجهولا جهالة مفضية الى النزاع فيمتنع التسليم والتسلم الواجب بالعقد والشيء اذا ثبت يثبت بلوازمه فاشتراط معلومية كل منهما لايكون زيادة على النص (قوله فيجوز تقييده بالرأى) يرد عليه ان البيع اذا لم يكن مطلقا فكيف يتصور تقييده بالرأى بل النص ساكت عن كون الاجل معلوما بل هو ثابت بالاجماع او بدلالة النص (قوله ان مات البايع لايبطل الاجل) وكذا لو قال البايع للمشترى اذهب فاعطنى كل شهر كذا لايكون تأجيلا ولو قال المديون برئت من الاجل او لاحاجة لى به لايبطل الاجل ولو قال تركته او ابطلته اوجعلت المال حالا بطل الاجل ولو عجل الدين قبل الحلول ثم استحق المقبوض او وجده زيوفا فرده عاد الاجل ولو اشترى من المديون شيئا ثم تقايلا لا يعود الاجل ولورده بعيب بقضاء عاد ولو كان لهذا الدين المؤجل كفيل لا تعود الكفالة فى الوجهين كذا فى الخانية (قوله فاذا مات المشترى) حل المال وكذا الحال فى سائر الديون (قوله واذا منع البايع السلعة) والمراد بمنعه عدم قبض المشترى المبيع مجازا لكون منعه سببا له وعدم قبضه اياه اعم من ان يكون لعدم حضوره اولمنع البايع التسليم فانهما على الخلاف ومثل هذا التعميم يسمى عموم المجاز (قوله فللمشترى) اجل سنة ثانية فابتداؤه من وقت التسليم وكذا لوكان فيه خيار يعتبر الاجل من حين سقوط الخيار عنده كذا فى الخانية (قوله الى سنة غير معينة قيد به لانه لو كانت السنة معينة فلا يبقى الاجل بعد مضيها بالاتفاق ولهذا قال فى التجنيس لو اشترى لرمضان فقمه حتى دخل رمضان كان المال حالا فى قولهم جميعا انتهى (قوله بثمن مطلق عن ذكر الصفة وعن كون الثمن مشارا اليه اطلق الاطلاق فشمل اطلاقا من البايع واطلاقا من المشترى فالاطلاق معتبر عن كل منهما والمراد بالثمن ماهو ثمن خلقة كالدرهم والدينار او وضعا كالفلوس النافقة (قوله اى صح البيع) قيد به بناء على الصدد والا ففى اكثر العقود جرى هذا المقصود ومصداقه ماذكر فى الاصل قال فى اول صلح الاصل لاحاجة الى بيان صفة بدل الصلح ويقع على نقد البلد وان اختلفت فعلى الاغلب وان استوت لم تجز حتى تبين كما فى شرح المولى المذكور وانما قيد بالاكثر لان البيع والصلح والاجارة سواء وفى الدعوى لابد من التبيين فى جميع الوجوه كالاقرار وفى المهر يقضى بما وافق مهر المثل وفى الوصية يكون له الاقل وفى البحر التفصيل (قوله على غالب النقد) اى النقد الغالب فهو من قبيل اخلاق ثياب (قوله نقد البلد) المراد به البلد الذى جرى فيه البيع لابلد المتبايعين وقيد البلد اتفاقى اوهو من قبيل اطلاق الخاص على العام او هو للاكتفاء بما هو الاشهر والمراد غالب النقد حين العقد بين الناس سواء فى البلد وغيره (قوله بل استوى الرواج) ومعنى الرواج مفصح عن معنى الغلبة وكذا عكسه ولذا قد يكتفى باحدهما وقد يجمعان (قوله ان لم يبين) اى البايع او المشترى كما مر من ان النزاع مفض الى فساد البيع امالو بين احدهما فى المجلس ورضى الاخر يرتفع المفسد قبل تقرره فيصح العقد كما فى الفتح فظهر منه ان المراد البيان المتأخر لا المقارن لانه لايخرج المسئلة عن موضعها اذ الكلام فى البيع بثمن مطلق (قوله او استوى المالية الخ) المسئلة رباعية لانه اما ان تستوى النقود فى الرواج والمالية معا او يختلف فيهما او يستوى فى احدهما دون الآخر والفساد فى صورة واحدة وهى الاستواء فى الرواج والاختلاف فى المالية والصحة فى ثلث صور فيما اذا كانت مختلفة فى الرواج والمالية فينصرف

الى الاروج وفيما اذا كانت مختلفة فى الرواج مستوية فى المالية فينصرف الى الاروج ايضا وفيما
اذا استوت فيما وانما الاختلاف فى الاسم كالمصرى والدمشق فالمشترى مخير فى دفع ايهما
شاء وطلب البائع غيره تعنت فلا تسمع كما فى البحر فقول المصنف فالعقد على غالب النقد
يشمل الصورتين الصحيحتين وقوله فان استوى صورة الفساد وقوله او المالية ايضا الخ
صورة الصحة فانطوى منه الصور الاربع كما لا يخفى (قوله اذ لا نزاع عند
عدم الاختلاف فى المالية) فالية الاثنين من الثنائى ومالية الثلث من الثلاثى
كمالية الواحد من الاحادى وتحقق الاختلاف بينهما فى القدر لا عبرة له وانما الاعتبار
الى تساويهما فى الرواج والمالية واطلاق اسم الدرهم على كل منها حتى لو باع شيئا بقطع
الدراهم او معلومة العدد فسد البيع لان قطعة الثنائى نصف درهم وقطعة الثلاثى ثلث
درهم (قوله فله ان يعطى الفا من احادى الخ) حتى لو طلب البائع احدها بعينه فللمشترى
ان يدفع له من النصف الآخر لان امتناع البائع عما اعطى ليس الا للتعنت فلا يعتبر (قوله
النقد ما ليس مصنوعا من الذهب والفضة) اراد به ما لم يقارن به صنعة الصائغ كالآنية فانها
تتعين بالتعيين للصنعة والظاهر ان يقال مصنوعا من الصنعة وهو المصرح به فى الكتب ومن
بيان لما او متعلق بقوله مصنوعا والثانى اظهر والمعنى ما كان غير مصوغ حال كونه من الذهب
او غير مصنوع منهما حال كونه مسكوكا اولا ولا يوهم التعلق به كونه شيئا اجنبيا غيرهما حتى
يفسد المعنى كما ظن (قوله وانما قال فى صحيحه لما ذكر الخ) والتحقيق فيه ان حكم النقود ان لا تتعين
ولو عينت فى عقود المعاوضة وفسوخها فى حق الاستحقاق فلا يستحق عينها فللدافع امساكها
ودفع غير عينها قدرا ووصفا وان تتعين فى الغصوب والامانات والوكالات على تفصيل فيها
وكذا فى كل عقد ليس معاوضة وفى تعينها فى المعاوضة الفاسدة روايتان والاصح التعين كذا
افاده صاحب البحر وعليه كلام المقدسى وليس فى كلام المصنف ما ينافيه ويظهر منه ان كون
الاصح ان لا يتعين الثمن فى صورة الثانى لكونه من قبيل الفسوخ (قوله ولو كان البيع جزافا) لو وصلية
تفيد كون ضد الشرط اولى بالحكم المذكور فتفيد كون صحة بيع الحنطة ونحوها مكايلة بالطريق
الاولى اقول حكم الموزونات كذلك فالوجه ان لا يذكر المصنف الحبوب واراد بالطعام ما قال
به بعض المشايخ من ان الطعام فى عرفنا ينصرف الى ما يمكن اكله يعنى المعتاد للاكل كاللحم
المطبوخ والمشوى ونحوه فلا يختص الحنطة والدقيق وقال صدر الشهيد وعليه الفتوى
كما فى النهاية فحينئذ يشمل الطعام ما يكال وما يوزن منه بل التحقيق فيه ان يقول وصح
فى المكيل والموزون فحينئذ يكون اعم من الطعام وغيره كالجص والجرين واوفق لقوله وصح
ايضا بيع المكيلات والموزونات تدبر (قوله فانه لا يصح لاحتمال الربوا) هذا اذا كانا داخلين تحت
المعيار الشرعى اما اذا لم يدخلا تحته فيجوز كبيع نصف من الحنطة بمنوين منها وبيع فلس
بفلسين كما فى الذخيرة وغيره (قوله وباناء او حجر معينين) والمراد بالصحة بهما الجواز لا اللزوم
فيكون للمشترى خيار فيه كما فى الفتح وغيره وقوله لان التسليم فى البيع متعجل الى قوله وعن
ابى يوسف ليس فيه ما ينفى الخيار كما لا يخفى (قوله كل منهما) نقل ههنا عنه رحمه الله هذا
اشارة الى ان قوله معين ليس صفة لاناء وحجر والا وجب ان يقال معينين انتهى يريد به انه
ليس صفة لهما معا بل هو صفة لكل منهما على سبيل الانفراد على ما يقتضيه كلمة او فقولنا
معا بل هو ساقط من قلم الناسخ وفى قوله وجب بحث لما صرح الفحول بانه يجوز افراد وصف

المتعدد المعطوف بعضه على بعض بعاطف هو لاحد الامرين كما يجوز مطابقته وهكذا يجوز افراد الضمير الراجع اليه كما يجوز مطابقته (قوله وعن ابى يوسف ان الجواز الخ) وهذا مروى عن ابى حنيفة ايضا صرح به الباقلانى فى شرحه على الملتقى (قوله واما اذا كان كالزنبيل الخ) وعلى هذا بيع ملئ قربة اوراوية بعينهما من النيل عن ابى حنيفة انه لا يجوز ولكن اطلق فى المجرد جوازه عنده فيحمل على انه قربة اوراوية متعارفة بين السقايين وعن ابى يوسف يجوز فى القرب استحسانا مطلقا كما فى المقدسى (قوله وكذا اذا كان الحجر يتفتت الخ) وفى الفتح انه يجوز اذا عجل التسليم اذا التفتت والجفاف لا يوجبان نقصا فى ذلك الزمان ومايفرض من تأخره يوما و يومين ممنوع بل لا يجوز ذلك وعليه كلام المبسوط (قوله اذا بيع صبرة) هذا مثال بل المراد كل مكيل اوموزون اومعدود من جنس واحد اذا لم يكن مختلف القيمة (قوله فالبيع جائز) اشار به الى ان للمشترى الخيار فيه لتفرق الصفقة عليه وكذا له الخيار فى الكل بعد زوال الجهالة بالتسمية او الكيل لانه لا يخلو من ان يكون اقل او اكثر من حدسه وظنه كذا فى المنبع مع التفصيل (قوله وقالا يجوز مطلقا) يعنى سواء زالت الجهالة اولا فالبيع عندهما لازم فى الكل صرح به فى البحر وغيره فيأول الجواز بالوجوب وذا بعيد هنا وظاهر ما فى الهداية ترجيح قولهما وجعل فى الخلاصة فى نظيره الفتوى على قولهما وقال الفقيه ابو الليث والفتوى على قولهما تيسيرا للامر على المسلمين فظهر ان ما اختاره المصنف فى المتن غير ما هو المفتى به (قوله فى المجلس) قيد لكل من البيانين (قوله كل قفيز) رفع على انه بدل من قوله صبرتان اى اذا بيع كل قفيز اى من هاتين الصبرتين وهكذا المراد من قفيزين كما صرح به فى الكافى وغيره فيكون كل قفيز نصفه من جنس اى صبرة بر ونصفه الآخر من جنس آخر اى صبرة شعير (قوله ولا متفاوت الخ) لما ذكر صور المثليات ذكر صور نظيرها فى القيميات والثياب والاغنام من العدديات المتفاوتة من القيميات كما فى الجوهرة وذكر العدل بدل الذراع من الثوب كما فى عامة المتون هنا لظهور تفاوت بين افراد العدل فوق تفاوت بين ذرعان الثوب بل الذرعان اقرب الى ان تعد من العدديات المتقاربة ولذلك صرح العتابى بان ذلك فى ثوب يضره التبعيض اما فى الكرباس فينبغى ان يجوز عنده فى ذراع واحد كما فى الطعام وقوله لان التفاوت فى ابعاضها اى فى آحادها وبين افرادها يقتضى الجهالة الخ وتعيين شاة وتبيين ثوب لا يقطع النزاع صرح به فى شروح الهداية سيما فى شرحه للمولى ابو السعود والحاصل لم اجد فى ترتيب المتن هنا فسادا حتى يقتضى فساد الشرح والتعليل تدبر ثم طريق الجواز عنده ان يعزل شاة اوشاتين او يعزل ثوبا اوثوبين فذهب والبايع ساكت فانه جائز بالتعاطى كما فى الفتح وغيره (قوله بخلاف الصبرة) اى الصبرة الواحدة (قوله اى جملتى المبيع والثمن) ظاهره على انه لابد من تسميتهما وليس كذلك بل تسمية جملة كل منهما كافية للصحة لما صرح فى المصفى بانه لو بين جملة الثمن ولم يبين قطيع الغنم او بين جملة القطيع ولم يبين جملة الثمن يجوز اتفاقا وهكذا فى السراج الوهاج وقوله بان قال بعت الخ وهكذا لو قال بعت هذين الصبرتين وهما عشرون كيلا باربعين درهما وهكذا او قال بعت هذه الصبرة وهى ثلاثون كيلا بثلثين تركهما حوالة على الفهم لان السوق اى السياق والسباق يقتضى التعميم سيما قوله متفاوتا ولاوغير المتفاوت مسئلة الصبرة وما عداها متفاوت ومن جعل العكس فقد سهى كما لا يخفى (قوله فان باعها) هذا تفصيل اى على طريق ترتيب اللف وفائدة هذا التفريع والتفصيل امر بديهى لا ينكر واحتمال رجوع الضمير الى الثلثة بقطعه قوله

وان باع المتفاوت هكذا (قوله يعني بعد ما سمى الجملتين) ولم يفصلهما فان باع الصبرة كان الظاهر ان يفسر هكذا ان باع الصبرة بعد ما سمى الجملتين ولم يفصلهما لان كلمة بعد التي في التفسير عبارة عن معنى الفاء وان الشرطية تقطع العمل عما قبلها (قوله يعني انه مخير بين) الامرين وفي الخانية التخيير فيما اذا لم يقبض المبيع او قبض البعض دون البعض اما اذا قبض الكل فلا خيار له بل يأخذ بحصة الموجود وفي عبارة المصنف اخذ اشارة اليه تدبر (قوله والقدر ليس بوصف) حتى يدخل في البيع ولا يقابله شيء كما في الثوب لان الزيادة فيه وصف داخل في البيع لا يقابله شيء وبالجملة القدر شيء منفصل وجودا وذاتا وقيمة ومشار اليه مستقلا بخلاف الوصف (قوله بل هو في اصطلاح الفقهاء)* و قيل ما يتعيب بالتبعيض فالزيادة والنقصان فيه وصف وما لا يتعيب بهما فالزيادة و النقصان فيه اصل و قيل الوصف ما لزيادته تأثير في تقوم غيره ولعدمه تأثير في نقصان غيره والاصل ما لا يكون كذلك وقيل ما لا ينتقص الباقي بفواته فهو اصل وما ينتقص الباقي بفواته فهو وصف والقولان الاخيران يتقاربان وكل من هذه الثلاثة يظهر مما ذكره المصنف وقيل الوصف ما يدخل في البيع من غير ذكر كالبناء والاشجار في الارض والاطراف في الحيوان والجودة في الكيلي والوزني بخلاف الاصل وبالجملة هذه المسئلة من اشكل مسائل الفقه ولذلك تفرق الثقات وذكروا الكل منهما تعريفات لايخلو كل منها عن النقوض والاعتراضات وكذا اصحاب الفتاوى اختلفوا اختلافا شديدا وافتى كل منهما بالمختلفات حتى لم يقدم بعض الثقات على عد الفروعيات وصفا لا يقابله شيء من الثمن وجعل رد تلك الزيادة احرى للاسلام واحوط في الايمان (قوله لان الزائد لم يقع عليها) الصواب عليه ومثل هذا من طغيان القلم كما ان سقوط خمسين في قوله كانه باع ثوبا من تقصيره وفي بعض النسخ لان الزيادة ولعله تصحيح وامكن التوجيه في الثاني بان لا سقوط فيه فان بيع ثوب غير معين من احد وخمسين فاسد كبيع خمسين ثوبا منها (قوله وان زاد) اي في بيع المذروع هذا التفسير بقرينة قوله كل ذراع بدرهم و قوله بعد ذكر الجملتين اي بان قال بعت هذا الثوب على انه عشرة ذراع بعشرة دراهم وقوله كل ذراع بدرهم تفصيل بعد ذكر الجملتين وقوله صح في الكل مستغنى عنه لانه علم مما سبق فاللايق ان يكون جواب الشرط (قوله فان وجده) نعم لو قال لزم في الكل لو ساوى المسمى لافاد (قوله صار ههنا اصلا) بافراده بذكر الثمن وارتفع عن التبعية فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب وهنا سؤال وجواب مذكوران في المفصلات (قوله او لحق الشارع كما اذا خاط المشتري) تحقيق المحل ان كون الثوب مخيطا زيادة متصلة له تمنع فسخ العقد فيه بعيب قديم لان الزيادة ليست مبيعة والفسخ انما يرد على المبيع فلو ورد عليه معها لزم الربوا لانها فضل بلا مقابل وهو معنى الربوا او شبهة ومن ذلك لو رضي المشتري الفسخ باسقاط حقه ليس للبايع ان يأخذه لان الامتناع لم يتمحض لحق المشتري بل لحقه وحق الشرع كما في الفتح فظهر ان الظاهر ان يقول المصنف او لحق الشارع والمشتري الا انه طوى المشتري من البين لان كون قسط من الثمن للوصف اقوى بالنظر الى حق الشارع حيث لا يقبل السقوط ومن لم يعلم التحقيق ظن انه تصحيف من الشاري بمعنى المشتري (قوله لما ذكر من ان الوصف) اذا كان مقصودا يقابله الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب (قوله فكان) اي المبيع الزائد نفعا يشوبه ضرر وهو الثمن الزائد (قوله وقال ههنا او فسخ) قيل الفسخ بمعنى النقض فهو اوفق لتعبير الفقهاء بالعقد عن البيع والاظهر في مثله الافتنان في التعبير (قوله بلا خيار)

قيد لاخذ و وجه الخيار من عدم لحوق ضرر بل نفع محض فكان بمنزلة ما اذا اشترى معيبا فاذا هو سليم و وجه الخيار فى الثانى من فوات الوصف المرغوب فيه وهو النصف الناقص ولم يقابله الثمن فتفرق عليه الصفقة فيختل الرضاء (قوله فيجرى عليه حكمها) وضمير عليه راجع الى مقابلة نصفه بنصفه وضمير حكمها راجع الى مقابلة الذراع بالدرهم واعتبار تذكير الاول وتأنيث الثانى ناش من اعتبار تاء المصدر وعدمه (قوله وقد انتقص) اى الذراع من النصف الناقص والنصف الزائد فيغير الوصف فيهما فلا يوجب سقوط شئ من الثمن الاان تمام الثمن فى مقابلة النصف مضرة فيكون له الخيار (قوله وله ان الذراع) الاظهر ولابى حنيفة اذ لم يذكر اسمه فى هذه المسئلة وان كان المقام بعينه وظاهر كلام المصنف على ان المختار قول ابى حنيفة وفى الذخيرة قول ابى حنيفة اصح ومن المشايخ من اختار قول محمد وهو اعدل الاقوال كما لايخفى (قوله فى الكرباس) معرب ثوب من القطن (قوله لايطيب فيه) اشارة الى الجواز لكن التجنب خير منه (قوله حيث لايضره الفصل) اى القطع وقوله فيجوز الخ تفريع عليه يعنى اذا باع منه ولم يعين موضعه جاز كما فى الحنطة اذا باع قفيزا منها (قوله لانه اذا كان زائدا) لايقال انه كما صح فى الاقل يصح فى الاكثر كما فى المذروع ايضا لانا نقول ان فى الزائد المتفاوت ربما لايرضى البايع بالثمن المذكور لجودته اوالمشترى لرداءته فيؤدى الى النزاع والامر المذكور فى المذروع ليس كذلك لعدم التفاوت فى الغالب بين اذرع الثوب الواحد فى الجودة والرداءة فافترقا (قوله اجماعا) حال من فاعل صح اى مجمعا عليه من الثلثة وفيه اشارة الى ان الاجماع فى زمان واحد غير لازم فيه وفى اجمع واجمعين كما توهمه البعض اذ لايخفى انهم ما اجتمعوا فى زمان واحد فى هذا القول (قوله من مائة ذراع منها) اشار بهذا القيد الى رد قول الخصاف من ان محل الفساد عنده فيما اذا لم يبين جملة الذرعان منها اذ الصحيح ان بيع عشرة اذرع من الدار فاسد وان سمى جملتها لبقاء الجهالة فالمشترى يطالبه من مقدم الدار والبايع يسلمه من مؤخرها فيؤدى الى النزاع كما فى المنبع (قوله وعندهما جائز) اى عند بيان جملة الذرعان من الدار هذا هو ماتقتضيه المقابلة قال المحبوبى لم يذكر فى الجامع ولا فى المبسوط انه اذا لم يبين جملتها كيف الحكم فيه على قولهما فاختلف المشايخ فيه قال الامام السرخسى انه يجوز عندهما كما فى المنبع وهو الصحيح لانها جهالة بايديهما ازالتها كما فى الفتح (قوله اذا كانت الدار مائة ذراع) الظاهر ان هذا ليس بحصر الدار فى مائة ذراع فانه اذا كانت الف ذراع فاللازم عشرة اذرع فى كل مائة منها ايضا كذا قاله المحشى الاول تفقها منه كما هو الظاهر ولم اجده فيما تتبعته من كتب القوم يريد به ان قول احد العاقدين عشرة اذرع من مائة ذراع منها مع انه يعرف انها الف ذراع قرينة على انه اراد من كل مائة ذراع منها تدبر (قوله واستعيرههنا) ذكر ضمير الذراع المؤنثة سماعا البتة على ماصرح به المطرزى بناء على خلاف فيه حيث صرح الجوهرى ومن حذا حذوه بجواز التذكير والتأنيث او بناء على الظاهر اذلا تاء ظاهرا ولاتأنيث معنويا بحيث ليس بازائه فرج او بناء على انه اسم كما حمل عليه الاسم آنفا او بناء على انه عبارة عما يذرع به او عما يحله او عن المبيع و بالجملة ان امر التذكير والتأنيث سهل والفقهاء عادتهم الالتفات الى المعانى وتحصيل الاغراض دون رعاية جوانب الالفاظ كما لايخفى على من تدرب (قوله ولا ثوبين على انهما هروى الخ) هذا عند ابى حنيفة وعندهما يجوز فى الهروى كما فى الفتح والهروى بفتح الهاء والراء والمروى بسكون الراء منسوبان الى هراة ومرو حذف التاء وقلب

الالف واوا كما هو مقتضى النسبة ومروه قيل قرية من قرى الكوفة وقيل من قرى خراسان وقيل اذا اريد بها قرية بخراسان يزاد الزاى المعجمة فيقال مروزى للفرق بينهما ويجوز سكون الراء فى الهروى كما يجوز فتحها فى المروى للازدواج كما فى الجبرية والقدرية اذ يغتفر لدى الازدواج مالا يغتفر عند غيره كما فى شرح المولى ابو السعود (قوله واشتراط قبول المعد وم فى العقد) الظاهر ان قوله فى العقد متعلق بالاشتراط اذ هو المتبادر فيحمل عليه

فصل

لما ذكر ماهية البيع وماينعقد به ومالاينعقد به وما يكون باعث الفساد وسبب الصحة ونحو ذلك مماله مدخل فى الانعقاد وصلب العقد شرع فى بيان مايدخل فى البيع والمبيع عند الاطلاق ومالم يدخل بل يحتاج الى ذكره ولم يفرد له بابا لكمال التقارب بينه وبين ماسلف من حيث انهما مما يتعلق بالماهية بالانعقاد وعدمه بخلاف ماذكر فى باب البيع الفاسد لانه مما صدق عليه كما لايخفى (قوله والثالث ان مالايكون من القسمين الخ) هذا الاصل زيادة من المصنف رحمه الله بناء على انه رفع باب الحقوق فيما سيأتى وادرجه فى هذا الفصل لكونه فى محله الانسب على ما صرح به كثير من شراح الهداية وغيره من ان محله عقيب كتاب البيوع قبل باب الخيار فهذا الاصل لمسائل ذلك الباب المدرج وصاحب الهداية والكنز لم يدرجاه فيه تبعا للجامع الصغير ولذا اكتفى شراحهما بذكر الاصلين السابقين هنا فما فعله المصنف من الدرج واتيان الاصول ثلثة يكون فى غاية تحرزه ولله دره تحريرا ومن لم يطلع على تصرفه يجب عليه السكوت لقوله تعالى ولا تقف ماليس لك به علم الآية فضلا ان يطعن فى مثل هذا السعى المشكور (قوله ان كان من حقوق المبيع ومرافقه) فى ظاهر الرواية المرافق هى الحقوق فيكون عطف احدهما على الآخر بالواو عطف تفسير حق الدار ما هو تبع لها ولا يقصد الا لاجلها كشرب وطريق ومسيل كما فى الذخيرة (قوله لايدخل العلو بشراء بيت الخ) يعنى اذا اشترى بيتا فوقه بيت لايدخل فيه العلو ولو قال بكل حق له مالم يفرده بالذكر معه قالوا هذا مبنى على عرف اهل الكوفة وفى عرفنا يدخل العلو فى الكل سواء باع باسم البيت او المنزل او الدار لان كل مسكن يسمى خانه صغيرا كان او كبيرا والاحكام تبتنى على العرف فيعتبر فى كل اقليم وفى كل عصر عرف اهله كذا فى الكافى والفتح والبحر (قوله بكل حق له ونحوه) اى بمرافقه يريد به ان ذكر كل واحد من الالفاظ الاربعة كاف ولايحتاج الى الجمع وهى الحقوق والمرافق وكل قليل وكثير فيه منه الا ان الاولين قد يفترقان عن الاخيرين كما فى دخول الزرع والثمر فى بيع الارض والشجر وكل من الاولين فى محله يغنى عن الاخر كما يغنى احد الاخيرين عن الاخر هذا زبدة مافى المجتبى والمحيط والبحر (قوله هو فيه اومنه) اراد بقوله فيه مايكون من اجزاء المبيع متصلا به وبقوله منه مايكون من توابعه ولواحقه ولذا لم يدخل فى قوله فيه باب اوخشب اولبن موضع فى الدار المبيعة اوغير مركب فيها (قوله والسرير كالسلم) اى السرير الخشب المتصل وكذا الحجر الاسفل المتصل من الرخام واما الحجر الاعلى فانه يدخل عندنا استحسانا كمفتاح الغلق كما فى المنبع والبرجندى (قوله والقفل) ومفتاحه لايدخلان ولو كان باب المبيع مغلقا به اولا ولو زاد عليه بمثل هذا فى مقام التفصيل لخلص عن كونه تكرارا محضا (قوله فانه ومفتاحه لايدخلان بهذا القيد لانهما كالثوب الموضوع (قوله والطريق) اى الطريق وقت البيع لا الطريق السابق المسدود كما فى الذخيرة وقيد البيع تمثيل بل لو اقر بدار او صالح على دار او اوصى بدار ولم يذكر حقوقها او مرافقها لم يدخل الطريق كما فى الخانية وكذا قيد الدار تمثيل ولهذا

لو بيعت الارض لايدخل الشرب والطريق والمسيل الا بذكر الحقوق ونحوه كما فى الفتح وغيره (قوله ويدخل فى الاجارة بلاذكرها) وكذا فى الرهن والوقف والصدقة كما فى الخلاصة وغيره اعلم انه اذا ذكر الحقوق فى البيع وهو بحيث يمكن احداث طريق فيما اشتراه وتسييل مائه فيه لم يلزمه ذلك بل له الطريق والمسيل وفى القسمة اذا ذكر الحقوق وامكنه الطريق والتسييل فيما اصابه ليس له الطريق والمسيل بل يتطرق ويسيل فيما اصابه والفرق بينهما مذكور على التفصيل فى الفتح ومعراج الدراية (قوله ويدخل الشجر) اطلاقه فشمل الصغيرة والكبيرة المثمرة وغير المثمرة الا اليابسة فانها على شرف القطع فهى كالحطب الموضوع فيها (قوله لا الزرع) اطلقه فشمل ما اذا نبت اولا واختاره فى الهداية وصرح فى التجنيس بان الصواب الدخول كما نص عليه القدورى والاسبيجابى وفصل فى الذخيرة فى غير النابت بانه ان عفن فهو للمشترى وعفن البذر فساده من نداوة اصابته فهو يتمزق عند مسه واختاره الفقيه ابو الليث وابو القاسم الصفار انه لايدخل بكل حال كما فى المقدسى (قوله والزرع متصل به للفصل) هكذا عبارة الهداية وضمير به للارض باعتبار المبيع اوباعتبار المكان اوباعتبار صورة الارض كما هو دأب بعض العلماء والمراد بالفصل فصل الادمى فلا يرد عليه بيع الجارية الحامل ونحو البقرة الحامل مع ان حملهما داخل فى البيع وانه متصل للفصل لان ذلك فصل الله تعالى ولانه كجزء منها كما فى الفتح (قوله وان كان خلقيا للقطع) ان وصلية وللقطع خبران وماهو الاولى بالحكم المذكور مايكون بصنع البشر كالزرع (قوله الا بكل مافيها اومنها) قيد لمسئلة الزرع والثمر وهو الموافق لما صرح به فى المعتبرات والاستثناء مفرغ وماقدر مستثنى منه اعم مما ذكر وغيره من الحقوق والمرافق فيقتضى حصر الدخول بذكر قوله بكل مافيها اومنها فيظهر ان قوله لابحقوقها مستغنى عنه على مقتضى كلام العرب العرباء والمهرة البلغاء لان العطف بلا لايجامع النفى والاستثناء ولكن قد يقع فى كلام المصنفين كما وقع هنا وكثر فى عبارات الكشاف وفيه تحقيق حقيق كتبناه فى حاشيتنا المسمى بتعليق المصباح على ابواب مطول تلخيص المفتاح (قوله لانه حينئذ يكون) اى كل من الزرع والثمر من المبيع وهو الارض والشجر وقوله لا بحقوقها وكذا لوقال بمرافقها حتى لوذكر كل منهما بعد قوله بكل مافيها اومنها لم يدخلا ايضا لان مافيها اومنها يكون مفسرا به وهما ليس من الحقوق والمرافق كذا فى الفتح وقوله لانه ليس منها اى لان كلا منهما (قوله فانه حينئذ ينقلب الى الجواز) ولايتصدق المشترى بشئ من الزرع لوكانت الارض له لانه زاد فى ارضه كذا فى الخانية يشير به الى انها لو كانت لغير المشترى لزم تصدقه بشئ من الزرع اذا لم يترك باذن صاحب الارض كما لا يخفى (قوله صح بيع البر الخ) قيد ببيعه وبيع نحوه لانه لو باع تبن البر فى سنبله المعين وحب قطن بعينه ونوى تمر بعينه وقشور لوز وفستق ونحوه لم يجز فى كلها اما الاول فلكونه بيع المعدوم اذ السنبل لا يصير تبنا الا بالعلاج وهو الدوس واما الباقى فان حب القطن ونوى التمر وقشر لوز ونحوه معتبر عدما وهالك فى العرف لانه لايقال هذا نوى فى تمر مثلا بل يقال هذا تمر فلايجوز بيعه مع الاتصال به دونه كذا فى الفتح وغيره (قوله وعندنا يجوز بيع ذلك كله) وذكر فى الفتح ان الوجه يقتضى ثبوت الخيار للمشترى بعد الاستخراج فى ذلك كله لانه لم يره (قوله فاشبه تراب الصاغة) اذا بيع بجنسه فى استتار المبيع بما لامنفعة فيه والتراضى شرط فى المعاوضة وتمام الرضاء انما يكون بالعلم وكونه مستورا يخل بالعلم فيفسد البيع فعلى هذا ينبغى ان لايجوز عنده فى قشره الثانى ولكن جوزه

باعتبار التعامل ودفع علمائنا تشبيهه بتراب الصاغة بانه قياس مع الفارق لان علة عدم
الجواز في بيع تراب الصاغة بجنسه احتمال الربوا المستورية مع ان بيع المستور مقرر عنده
في مواضع مذكورة في كتب مذهبه وبالجملة دعوى عدم الجواز في التراب متفق عليه ولكن الطريق
مختلف فيه والحق معنا سيما اذا اعترف بتقيد بيعه بالجنس وباقي التفصيل في شرح المولى ابي
السعود (قوله وفيه نظر) لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو مدالحكم الثابت للمنطوق الى الغاية
واثبات نقيضه للمسكوت الذي هو بعد الغاية وجمهور علمائنا لم يقولوا به وانما اضافوا حكم مابعد
الغاية الى الاصل الذي قرره الشرع من عمومات النصوص وغيرها امثاله ان حل نكاح المطلقة ثلثا
بعد نكاح الزوج الثاني لم يثبتوه بقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره بل بقوله تعالى واحل لكم ماوراء ذلكم
ولكن بعض مشايخنا قال بمفهوم الغاية كما صرح به في حواشي التلويح لم يسلب الاستدلال به رأسا
وصرح بان الاول ان يستدل الخ بناء على انه لاحاجة لبناء هذه المسئلة على قول البعض مع صحة ابتنائها
على اصل معتبر عند الجميع اقول ومن الله التوفيق ان التحقيق ان مفهوم الغاية في الحقيقة راجع الى
مفهوم الصفة صرح به في البحر وغيره ففي الحديث نهى النبي عليه السلام عن بيع النخل الغير
المزهو اي الغير المصفر والمحمر وعن بيع السنبل الغير المبيض ولما تعلق النهي عن بيعهما
اوصف وهو عدم الزهو وعدم الابيضاض اقتضى مشروعية بيع النخل والسنبل عند عدم
هذا الوصف فصار المزهو والمبيض في النخل والسنبل اصلا للغير المزهو والمبيض فيهما
على مايقتضيه النهي ورجوع مفهوم الغاية الى مفهوم الصفة فصح بيعهما عند كونهما
مزهوا ومبيضا بناء على اصل معتبر عندنا وهو اقتضاء النهي عن مشروعية مايتصف
مشروعية الاصل وهو الموصوف بدون الوصف فلاحاجة الى اعتبار مفهوم الغاية فيه كما
لاحاجة الى اعتبار مفهوم الصفة فظهر بهذا ان المغيا اذا صادف النهي اقتضى مشروعية
مابعد الغاية وذا اعتبار جيد في باب مفهوم الغاية ولله در الشيخ اكمل الدين نبه عليه اجمالا
وهذا تحقيقه تدبر (قوله اقول فيه بحث) وانت خبير بان هذا البحث مبني على اعتبار كون
الاصل هو النخل الغير المزهو والسنبل الغير المبيض ومايتصف هو النخل المزهو والسنبل
المبيض كما هو الظاهر وقد عرفت ان الامر على العكس لما اقتضاه النهي ورجوع الغاية
الى الوصف فيسقط البحث كما لايخفى (قوله من قبيل الاشارة) اي اشارة النص وهي دلالته
لغة على مالم يقصد بالقصد الاول ولم يسق له النص وقوله اوعلى ما قال صاحب التلويح الخ
ظاهر ما في التلويح ان مفهوم الغاية من حيث هو مفهوم متفق عليه في الاعتبار وجعل
المصنف ذلك مقابلا لما في البدايع يقتضيه ايضا ولكن قال المولى ابو السعود ولعل المراد من الاتفاق
هو الاتفاق في العمل والحكم لافي الطريق فعملنا بالاشارة وعنوانها وعملهم بطريق المفهوم
وعنوانه فالمذهبان على حالهما في المشاجرة انتهى وعليه كلام المصنف في المرآة والمرقاة
(قوله وصح بيع ثمرة) اي ظاهرة وهو المراد لان بيعها قبل الظهور لايصح وقوله وان لم يبد
صلاحها اي لم يظهر والمراد بعدم ظهور صلاحها ان لايصلح لتناول ابن آدم ولالعلف
الدواب وفي هذا الوجه اختلاف لمشايخنا والصحيح الجواز كما في الكافي وعليه كلام المصنف
والحيلة في ذلك حتى يجوز على قول الكل ان يبيعه مع اوراقه فيجوز تبعا لبيع الاوراق ويجعل
كانه ورق كله كما في المنبع (قوله ولزم قطعها) حتى لولم يقطعها الى ان تنضج لوتركها باذن
البايع طاب له الفضل والا تصدق بما زاد في ذاتها ولوتركها بعد تناهي عظمها لم يتصدق

بشيء لان هذا تغير احوال اذ النضج من الشمس و اللون من القمر والطعم من الكواكب باذن
الله تعالى فلم يتزايد جزء فيها كما في المعراج وغيره (قوله يفسده) اى البيع واو تناهى عظمها
هذا عند ابى حنيفة وابى يوسف لما ذكره المصنف وعند محمد اذا تناهى عظمها فباع بشرط
الترك صح استحسانا لانه شرط متعارف و به اخذ الطحاوى لعموم البلوى وعدم انكار السلف
وفى التحفة هو الصحيح وفى الاسرار والفتوى على قول محمد وذكر فى المنتقى ان ابا يوسف مع محمد
فظهر ان المصنف ترك القول المفتى به كما لا يخفى (قوله وجده زيوفا) اى دراهم ردية مردودة
لغش كما فى القاموس و به صرح ابو النصر كما فى الواقعات والمقام يعين المرجع الضمير المنصوب
سيما كون المفعول الثانى زيوفا فلا حاجة الى الاظهار (قوله يعنى اذا باع سلعة) قيد بالبيع لانه
لو كانت السلعة رهنا ووجد المؤدى زيوفا له ان يسترجعها الى يده كذا فى شرح المجمع لمصنفه (قوله
وقال زفر له ذلك) وهو رواية عن ابى يوسف (قوله قبض زيوفا بدل الجياد) ذكر هذه المسئلة فى
هذا المحل تبعا لصاحب المجمع ولمناسبتها للمسئلة السابقة ولكونها امناسبة لان تدرج فى هذا الفصل
واوردها فى مسائل شتى فيما بعد تبعا لصاحب الهداية وهى تكرار بلا طائل نعم فصل ثمه فى شرحها
ولكن لا يجدى نفعا فى كونها تكرارا (قوله فاتلفها) قيد الاتلاف تمثيل اذ التلف كذلك والقرينة
عليه الترديد فى المتن والشرح ولو ذكر التلف بدل الاتلاف لكان احسن لانه يعلم من عدم الرد فى التلف
عدمه فى الاتلاف بالطريق الاولى (قوله وقال ابو يوسف يرد مثل الزيوف الهالكة) او المستهلكة
بقرينة السوق وعليه عامة المتون والشروح وقد عرفت ان قيد الاتلاف تمثيل وان تبع فيه
صاحب المجمع وذكر فى الحقايق قال فى العيون ما قاله ابو يوسف احسن وادفع للضرر
فاخترناه للفتوى وذكر فخر الاسلام وغيره ان قولهما قياس وقول ابى يوسف هو الاستحسان
ظاهره ترجيح قول ابى يوسف لان الاستحسان اذا قوى اثره يقدم على القياس كما فى الاصول
وهنا كذلك لما ذكر وصرح صاحب المجمع بان قوله المفتى به هنا وذكر فى رهن المبسوط ان
لمحمد قولين قوله الاول مع ابى حنيفة وقوله الآخر مع ابى يوسف فظهر ان المصنف
ترك القول المفتى به فى المتن (قوله انها ستوقة) الصواب انها زيف اذ هو مقتضى السوق وهو
المصرح به فى البحر وغيره (قوله قبل نقد ثمنه) وفى البدايع هذا الاختلاف لو كان الثمن مؤجلا اما
لو كان حالا فالبايع احق بالمبيع بالاجماع انتهى

باب خيار الشرط والتعيين

كلاهما من قبيل اضافة المسبب الى السبب وربما يقال شرط الخيار وشرط التعيين فيكون
من قبيل اضافة السبب الى مسببه اى الشرط الذى يثبت الخيار والتعيين والخيار اسم
من الاختيار والمراد اختيار فسخ البيع واجازته وجملة الخيار ثلثة عشر كلاهما وخيار الرؤية
والعيب والكمية والاستحقاق وكشف الحال وتفرق الصفقة بهلاك البعض قبل القبض
واجازة عقد الفضولى وفوات الوصف المشروط المستحق بالعقد فى المرابحة وخيار الجناية
وخيار عدم نقد الثمن وخيار المجلس وتفصيله فى البحر (قوله عند ابى حنيفة وزفر) والشافعى
وكذا عند مالك كما فى المنبع وهو الاصح كما فى شرح المرحوم (قوله لمتبايعين) اشار به الى ان شرط
الخيار كما يكون مقارنا للعقد يكون بعد العقد لا قبله حتى لو قال جعلتك بالخيار فى البيع الذى
تعقده ثم اشترى مطلقا لم يثبت كما فى التاتارخانية وقيد البيع تمثيل خص بالذكر لكونه اصلا
فى الباب وهكذا جاز فى اجارة وقسمة وصلح عن مال وكتابة وخلع وعتق على مال وللمكفول له
وللكفيل كما فى جامع الفصولين وفى الابراء بان قال ابرأتك على انى بالخيار الى ثلثة ايام كما فى اصول

فخر الاسلام في بحث الهزل وفي تسليم الشفعة بعد طلب المواثبة وفي الحوالة والوقف على قول ابي يوسف وفي الحصة في المزارعة والمعاملة لانها اجارة كما في البحر (قوله لحبان بن منقذ) بفتح الحاء المهملة والذال المعجمة وكسر القاف والباء المنقوطة بواحد شهد احدا كان رجلا ضعيفا قد اصابته في رأسه مأمومة وكان ثقيل اللسان وكان يشترى فيجيء به اهله فيقولون له هذا غال فيقول ان رسول الله عليه السلام قد خيرني في بيعي (قوله لاخلابة) بكسر المعجمة الخداع والنفي في مثله آل الى النهي كما في قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق وخبر لا محذوف كما هو الشايع اي لاخلابة في اولك اوفي الدين اي لا يحل خلابة من احد لا من جانبي ولا من جانبك في كل امر فضلا عن البيع كما هو مقتضى الاطلاق (قوله فيقتصر على المدة المذكورة فيه) فان قلت مفهوم العدد ليس بمنطوق في الحصر عما فوقه عندنا قلت منطوق في مقام البيان ولو كان الزيادة جائزة لاجازها عليه السلام في مادة حبان مع انه احوج الناس فمثل هذه المدة حجة بينة للبغية كما في شرح المولى المرحوم مفخر فضلاء الروم (قوله اذا سمى مدة معلومة) اطلقها فشمل ما كان معلوما بالايام او بالشهور او بالسنين كما في المنبع وقيد بالمعلومية اشارة الى انه لو شرط الخيار بوقت مجهول اومطلقا اوابدا فسد بالاجماع وهذا الاختلاف بينه و بينهما فيما اذا كان المبيع مما لا يتسارع اليه الفساد واما لو كان مما يتسارع ففي الاستحسان يقال للمشتري اما ان تفسخ البيع واما ان تأخذ المبيع كما في الخانية وفيه تفصيل (قوله بزوال المفسد) يشير به الى ان هذا العقد في الابتداء ينعقد فاسدا ثم يعود صحيحا بزوال المفسد وهو قول العراقيين وهو ظاهر الرواية اما عند الخراسانيين فهو موقوف فباسقاط الزائد ينعقد صحيحا فبمضي جزء من اليوم الرابع يفسد فلا ينقلب صحيحا وهذا الطريق هو الاوجه واختاره الامام السرخسي وفخر الاسلام وغيرهما من مشايخ ما وراء النهر كما في الفوائد الظهيرية والذخيرة وذكر الكرخي نصا عن ابي حنيفة ان البيع موقوف على اجازة المشتري في المدة واثبت للبايع حق الفسخ قبل اجازة كما اثبته للمشتري ولو اجاز من له الخيار تم العقد كذا في ايضاح الكرماني (قوله لم يذكره بالفاء كما ذكر في الوقاية الخ) اقول ان هذه المسئلة وهي خيار النقد وعدمه ليس من صور خيار الشرط حقيقة فبالنظر اليه ينبغي ان لا يتفرع عليه كما فعله المصنف ولكن كونه ملحقا به بطريق الدلالة اوبطريق القياس الخفي بل كونه مدخلا تحت قاعدة خيار الشرط على طريق التواطؤ يصحح بل تقتضي دخول الفاء ليحصل التنبيه على الادخال ولا حجر في خفاء دخول بعض الافراد تحت قاعدة كلية واحتياج ذلك البعض في الادخال الى التنبيه والاستدلال كما لا حجر في البحث في الادخال بالرد والابطال نظيره ان الوجود الذهني من افراد الوجود حقيقة مع ان المتبادر عند اطلاق الوجود هو الخارجي فيقبل الرد والالحاق فيظهر ان لدخول الفاء وجها كما في تركه كما لا يخفى (قوله لان هذا في معنى اشتراط الخيار) وان لم يكن نفس اشتراط الخيار لان ماهيته انما يكون في نفس العقد بعد حصول الطرفين واما خيار النقد فلما كان ترددا في نقد الثمن كان زائدا على اصل العقد ولذلك قال في معنى اشتراط الخيار لا من افراده والجهة الجامعة بينهما الحاجة اي حاجة الناس في معاملتهم بحسب عرفهم وقوله عند عدم النقد في الوقت الموعود متعلق بمست او الانفساخ وقوله تحرزا علة لمس الحاجة والمماطلة التأخير وقوله في الفسخ متعلق بالمماطلة حاصله ان شرط الخيار اذا سقط في المدة فيها واذا مضت المدة تم العقد بلا توقف على احد من الجانبين وان خيار النقد لا يسقط بدون حضور من له

الخيار ونقده فلا بدان يقام عدم النقد مقام الانفساخ والا فلا بتيسير حضور من له الخيار فيطول المدة فيتضرر التجار فصار اشتراط نقد الخيار مثل اشتراط خيار الشرط فظهر وجه تفريع قوله فيكون ملحقا به اى بخيار الشرط (قوله بخلاف القياس الجلى) وما فى بعض النسخ من القياس الخفى غير مستقيم والمراد القياس الجلى فى قوله على خلاف القياس وقوله بطريق دلالة النص وهى ما ثبت بمعنى النص لغة سواء كان اولى من المنطوق اومساويا له كما فى التحرير وغيره فالالحاق كما يستعمل فى القياس يستعمل فى الدلالة وهو المراد ههنا على ان من شان الدلالة جواز كون الاصل جزأ من الفرع كما فى قولك لا تعط ذرة فانه يدل على منع مافوقها والذرة جزء منه فكون المورد خلاف القياس لايمنع الالحاق به بهذا الطريق كما لايخفى (قوله ولا يخرج المبيع الخ) قيد بعدم خروج المبيع لان الثمن العين يخرج عن ملك المشترى وان لم يقبضه البايع ويدخل فى ملك البايع عندهما ولا يدخل عند ابى حنيفة ولو تصرف البايع فى مدة الخيار فى الثمن وهو العين صح تصرفه وكان اجازة للبيع عند ابى حنيفة وعلى قولهما جاز لانه داخل فى ملكه ولو تصرف فى المبيع فيها تصرف الملاك كالبيع والاعتاق والهبة والوطىء ونحوها انفسخ البيع كما فى المنح ولم يذكر عدم خروج الثمن عن ملك المشترى عند كون الخيار للمشترى اكتفاء بقضية حكم المقابلة فيظهر منه انه لوكان الخيار لهما لم يخرج المبيع عن ملك البايع ولا الثمن عن ملك المشترى كما فى المقدسى وشرح المولى المرحوم والتفصيل فى المنح (قوله لان تمام هذا السبب) اى البيع واطلاق السبب على نفس العقد بناء على ان البيع هو المفضى الى الملك لا المؤثر فى الحقيقة (قوله فى مدة الخيار مع بقائه) او بعد ما فسخ البايع البيع كما فى جامع الفصولين قيد به لانه لو هلك فى يده بعد المدة من غير فسخ فيها يهلك بالثمن لسقوط الخيار (قوله ضمن قيمته لو قيميا) وان كان مثليا ضمن مثله كما فى شرح الاقطع وغيره (قوله وفيه القيمة) استيناف بيانى وذا جائز بالواو صرح به الزمخشرى والبيضاوى او حال اى فى السوم او فى المقبوض على السوم ثم المقبوض على سوم الشراء انما يكون مضمونا اذا كان الثمن مسمى ولو من جهة البايع والا فلا ضمان بل يهلك مجانا وامانة على الاصح فى الفتاوى كما فى شرح المولى المرحوم وعليه الفتوى كما فى المنح والفتاوى الصغرى لصدر الشهيد ثم المضمون قيمة المقبوض يوم القبض لو قيميا والا يجب ضمان مثله كما فى المنح (قوله فان هلك المبيع عنده) اى المشترى ولو فى مدة الخيار كما فى الفتح يشير به الى ان وجوب الثمن فى هلاكه بعد المدة بالطريق الاولى لسقوط الخيار وتمام العقد وفى الخلاصة ان زوائد المبيع فى المدة موقوفة ان تم البيع كانت للمشترى وان انفسخ كانت للبايع انتهى وان كان الخيار للبايع فحدثت الزوائد عند البايع فكذا الجواب كما فى الخانية والفرق بين الثمن والقيمة ان الثمن ما تراضيا عليه المتعاقدان سواء ساوى القيمة او زاد عليها اونقص والقيمة ما قوم به الشىء بمنزلة المعيار من غير زيادة ولانقصان وانما قيد بالهلاك ليعلم حال الاستهلاك بالطريق الاولى (قوله فان الهلاك لايخلو عن مقدمة عيب) وذكر فى المنح انه لما اشرف على الهلاك عجز عن رده وبطل خياره وفى شرح الطحاوى ان الرد والفسخ انما يدور على ما دار عليه العقد والقبض وقد عجز عن رده كما قبضه فبطل خياره ونفذ البيع (قوله ولانظير له فى الشرع) يعنى فى باب التجارة والمعاوضة فلا يرد عليهما شراء متولى امر الكعبة اذا اشترى عبدا لخدمتها وعبد الوقف اذا ضعف وبيع واشترى بدله آخر لم يملكه المشترى لانه من باب الاوقاف وحكمها ذلك كما فى الفتح (قوله حكما المعاوضة) وهى تقتضى

المساواة بين المتعاوضين في تبادل ملكيهما (قوله ولا نظير له في الشرع) يعني في المعاوضة فلا يرد عليه المدبر اذا غصبه انسان وابق من عنده وضمن الغاصب قيمته لا يخرج المدبر به من ملك مالكه فقد اجتمع العوضان في ملك السيد لانه ضمان جناية لا ضمان معاوضة كما في معراج الدراية (قوله ورجح هذا) اى ماذهب اليه ابو حنيفة هذا ترجيح لما ذهب اليه بعد المعاوضة بالمثل لان اصله ثابت وفرعه في السماء في دلالته سيما في هذا المدعى (قوله نظرا للمشتري) خصه بالذكر بناء على الصدد الآن اولانه الاصل في باب خيار الشرط اولاعتبار الاضداد في البايع والمشتري وقوله ليتروى اى ليتفكر وهو علة الشرع ايضا والجر باللام لان شرط الانتصاب على الانعدام اذ هو فعل المشتري ويجوز ان يكون علة النظر والاول هو الاظهر (قوله وله اى لعدم تملك المشتري المبيع فروع) اى مسائل كلها خلافية بين ابي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله تعالى ذكر المص عشرة منها ومنها صورة زوائد المبيع على ماذكر في الخلاصة وغيره ومنها صورة الحال وهي حلال اشترى ظبيا بالخيار فقبضه ثم احرم والظبي في يده ينتقض البيع عنده ويرد الى البايع وعندهما يلزم المشتري كما في المنبع ومنها صورة الهبة وهي ماذكر في الذخيرة من ان البايع لو قبض الثمن والخيار له فوهبه المشتري وقبل البايع ذلك ثم اجاز البيع لبس له ان يأخذ من المشتري ثمنا آخر لان الهبة باطلة عندهما لانه وهب للبايع ماملكه البايع انتهى وذا يقتضي ان للبايع ان يأخذ ثمنا آخر من المشتري كما لا يخفى ومنها ان المبيع لو دارا والخيار للبايع لم يثبت للشفيع فيها حق الشفعة لان المبيع لم يخرج عن ملك البايع عنده ويثبت عندهما ومنها ما اذا اشترى دارا بالخيار وهو ساكنها باجارة اواعارة فاستدام السكنى قال الشيخ الاسلام خواهرزاده استدامته اختيار عندهما لانه يملك اليمين وعنده لبس باختيار لانه بالاجارة اوالاعارة لا بملك اليمين وقال الامام السرخسي استدامة السكنى لا يكون اختيارا وابتداء السكنى اختيار كما في المنبع (قوله الثاني ان وطئها) اى زوجته قيد به اذ لو لم يكن الجارية زوجته فوطئها يكون اجازة بالاجماع سواء كانت بكرا اوثيبا اذ حل الوطئ لا يثبت الا بملك اليمين فاقدامه على الوطئ اختيار للملك كما في المنبع وذكر في السراج الوهاج وغيره ان دواعي الوطئ كالوطئ في اسقاط الخيار كما سيجيء (قوله الا في البكر) لانه تعيب وفيه اشعار الى انه لو نقصها الوطئ وهو ثيب فالحكم كذلك وقد صرح به في الفتح (قوله قائل ان ملكت عبدا الخ) قيد به لانه لو قال ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار ثلثة ايام عتق عليه بالاجماع اما عندهما فظاهر واما عنده فلان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط ولو نجز عتق مشريه بشرط الخيار عتق وسقط الخيار فكذا هذا كما في المنبع (قوله حيضها في المدة) اى حيضها حيضة كاملة او بعض الحيضة في مدة الخيار (قوله فلا استبراء عليه اى عند ابي حنيفة) اطلقه فشمل ماكان الرد قبل القبض او بعده وعندهما قبل القبض القياس ان يجب وفي الاستحسان لا يجب وبعد القبض يجب قياسا واستحسانا كما في المنبع (قوله في يد البايع) اى قبل قبض المشتري وصور الطحاوي الخلافية فيمن ولدت قبل الشراء وهو صحيح كما في المقدسي وذكر في الفتح ان التقييد بكونه قبل القبض احسن وهو يصدق بصورتين ما قبل القبض والشراء وما قبل القبض بعد الشراء انتهى (قوله لزم البيع) فيستند الملك الى ابتداء العقد فيكون الولادة في ملكه فتصير ام ولد له (قوله لارتفاع القبض بالرد) قوله بالرد متعلق بالارتفاع ولو كان البيع باتا فقبضه المشتري باذن البايع او بغيره

والثمن منقود اومؤجل وله فيه خيار رؤية اوعيب فاودعه البايع فهلك في يده هلك على المشترى ولزمه الثمن اتفاقا لان هذين الخيارين لايمنعان ثبوت الملك فصح الايداع كما في المقدسي (قوله ان اسلم) اى المشترى وعند هما بطل خياره ولزم العقد فلا يملك الرد وهو مسلم قيد باسلام المشترى لانه لو اسلم البايع لايبطل البيع بالاجماع والمشترى على خياره فان اجاز البيع لزمه الثمن وان فسخه صار الخمر للبايع حكما والمسلم من يملك الخمر حكما الا يرى انه يملكها بالميراث قيد في الصورة بخيار المشترى اذ لو كان الخيار للبايع فاسلم بطل الخيار فيبطل العقد ولو اسلم المشترى لايبطل البيع والبايع على خياره فان فسخ البيع ثبتت الخمر في ملكه اوعادت اليه وان اجازه صارت الخمر للمشترى حكما كذا في المنبع وفيه تفصيل (قوله ولو كان غائبا) يريد به ان النقض والفسخ لايكون الا بعلم الآخر سواء كان حاضرا في مجلس الفسخ اوغائبا عنه وماهو الاولى بالحكم هو كونه حاضرا فكلام المصنف في محزه فلا حاجة الى الحكم بزيادة الواو وعلى انه يوهم خصوص الحكم بكونه غائبا وليس كذلك بل الشرط هو العلم سواء كان حاضرا اوغائبا كما في الكافي وغيره (قوله ولانه مسلط الخ) قيل الصواب ترك الواو اقول قدم في الكافي هذا التعليل وعطف عليه قياس النقض على الاجازة وعكس المصنف الترتيب ولذلك اتى بالواو فكان التقدير لهما القياس على الاجازة نعم لو لم يأت بالواو وجعل هذا التعليل دليل القياس لكان له وجه كما لايخفى (قوله ولهما) اى لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اتى بالضمير في الهداية بعد التصريح باسمهما على انه قال فيه وقال ابو يوسف يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى واردف دليله بقوله له انه مسلط الخ فتعين ان ضمير المثنى في ولهما كناية عن ابي حنيفة ومحمد من غير خفاء بخلاف عبارة المصنف لانه اتى بالضمير غير ذكر المرجع اليه و بعد قوله قال ابو يوسف والشافعي ففيه خفاء كما لايخفى (قوله انه تصرف في حق الغير) بالرفع الضمير المنصوب للنقض والمراد من التصرف الرفع والمعنى ان النقض رفع للعقد الذى تعلق به حق الغير (قوله فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع) اى بتقدير هلاكه ومن الجائز ان يكون القيمة اكثر من الثمن (قوله فيتوقف على علمه) اعلم ان الخلاف في ذلك انما هو في فسخ بالقول اما اذا كان بالفعل فيجوز بغير علم الآخر اتفاقا وذلك بان تصرف في المبيع بان باعه من غيره اواعتقه اودبره اورهنه وسلمه اووطئ المبيعة كما سيجيء فان كان الخيار للبايع ووقع هذا التصرف منه تضمن الفسخ وان كان للمشترى ووقع منه كان اجازة كذا في الفصول العمادية وتصرف المشترى في الثمن مثل ذلك اذا كان الثمن عينا لايشترط علم الآخر اجماعا كما في شرح الطحاوى (قوله مع انه موافق له فيها) الضمير المنصوب لمن له الخيار والمجرور الاول لصاحبه والثانى للاجازة وقوله ولانه اى من له الخيار مسلط عليه اى المبيع من قبله اى صاحبه وقوله وانما ينقض لكون العقد غير لازم وحق التعبير وانما ينقض العقد لكونه غير لازم (قوله اجيب بانه الخ) وفي الخانية ينصب القاضى خصما عمن عليه الخيار ليرده انتهى قلت قد لايكون ثمه قاض وقد يأبى لامر ما كما في المقدسي اقول قد ذكر في فتاوى قاضيخان ان للمشايخ اختلافا في ان القاضى هل ينصب خصما ولا فقال بعضهم ينصبه وقال محمد بن سلمة لاينصبه لان صاحبه ترك النظر لنفسه حيث لم يأخذ منه وكيلا اذا غاب يرده عليه والكمال المحقق نقل هذا في فتح القدير وفصل ولم يرجح احد القولين على الآخر فظهر ان للقاضى خيارا في النصب (قوله اى علم الآخر النقض) والمراد بالآخر صاحب من له الخيار اذا الضمير المستكن في علم عائد اليه والمنصوب الى مصدر فعل الشرط

فظهر ان جميع هذه الالفاظ من الشرح ولاشئ يقتضي كون لفظ الآخر متنا كما لايخفى (قوله ولايورث هذا) اى خيار الشرط اختاره على مافى الهداية وغيره من انه اذا مات من له الخيار بطل خياره ولزم البيع ولم ينتقل الى ورثته بناء على ان لقب المسئلة عند الفقهاء ان خيار الشرط هل يورث ام لا عندنا لايورث وعند الشافعي يورث وبناء على ان ماعطف على خيار الشرط من الخيارات الثلث مشترك به فى عدم الارث وان افترق الاخيران بانهما يثبتان للوارث بغير طريق الارث نعم من حق المقام فى المتن ان يبين ذلك فى حقهما ولم يبين فكاد ان يكون ايجازا مخلا (قوله فاذا كان الخيار للبايع الخ) اشار به الى انه لافرق بين ان يكون من له الخيار بايعا اومشتريا بل لافرق بينه وبين ان يكون غيرهما جمعا او تفرقا كما فى المنبع (قوله فان قيل الخ) سؤال ناش ومتفرع من قوله ملك وارث المشترى بلا خيار على قول ابى حنيفة اما على قول الامامين فغير وارد لما مران الخيار لايمنع دخوله فى ملك المشترى (قوله فتدبر) اقول لعل وجه التدبر ان الخيار الموجد فى البيع لم يلزم به فاذا مات من له الخيار فقد بطل اوتعذر ابقاؤه فعلى الاول لزم البيع كما هو مذهبنا وعلى الثانى انفسخ كما هو مذهب مالك على ماصرح به فى الكافى والمنظومة فمن عدم ترجيح المصنف الاحتمال الاول على آخر اشار الى ضعف الجواب بهذا القول وانت خبير بان الاحتمال الاول هو الراجح لان فيه عملا بمقتضى العقد الموجب اذ الخيار ليس من لوازمه بل الاصل عدم الخيار فاذا بطل لزم البيع ولان الخيار انما هو مكنة للفسخ فى المدة فبموت من له الخيار ارتفع ولزم البيع كما لايخفى (قوله كخيار العيب والتعيين) هكذا فى الهداية والكافى ظاهره على انهما يورثان بالاجماع وهو المصرح فى كثير من الكتب وقد صرح فى بعضها انهما يثبتان للوارث ابتداء فكلام المصنف هذا على الاول وكلامه فى المتن على الثانى ولله دره فى التحقيق انه اختار الثانى فى المتن حيث صرح بعدم الارث فيهما ايضا لان من قال بالارث فيهما يحتمل انه اراد به التجوز لان الخيار مشية وارادة وهى صفة للشائى والمريد لايقبل المزايلة منه فكيف ينتقل الى الوارث فمراده انه يثبت للوارث خيار مبتدأ بارث مايوجب الخيار فيرجع كلام الكل الى ان الخيارات كلها لايجرى فيها الارث عندنا وعليه كلام المصنف (قوله والخيار ليس الامشية وارادة) وقد عرفت انها لاتقبل الانتقال الى غير الشائى والمريد فلم يكن متروكا فلا يورث لايقال انه منقوض بتوريث الاعيان فان المالكية فيها صفة لمالكها قد انتقلت الى الوارث مع انها صفة لانانقول ان العين تنتقل وفى ضمن انتقالها يثبت الملك للوارث ابتداء لا ان مالكية المورث تنتقل اليه كما فى المنبع (قوله بل يثبت للوارث ابتداء) والدليل عليه ان للمشترى ان يختار احدهما او يردهما بالفسخ بخلاف الوارث فانه لايملك الفسخ وان خيار المشترى كان موقتا بخلاف خيار الوارث لانه لما صار بمنزلة الشريك المختلط ماله بمال غيره فالم يطلب شريكه القسمة لم يتعين عليه ولايفوت كذا فى شروح الهداية (قوله واذا بطل الخيار) اى فى حق الفسخ لزم البيع وتم ولم يثبت للوارث الا تعيين احدهما (قوله فيما تعيب فى يد البايع بعد موت المورث) وانت خبير بان تعيبه فى يد البايع بعد موت المشترى يقتضى تعيبه قبل قبض الوارث فلا حاجة الى التقييد به (قوله يعنى ان احد العاقدين) خبر ان الجملة الشرطية وهى قوله اذا شرط الخيار لغيرهما جاز (قوله فاى من العاقدين والغير) فيه بحث بل الصواب من احد العاقدين والغير يعنى ايا من الشارط والمشروط له الخيار (قوله فيتقدم الخيار للعاقد اقتضاء) وزفر لايقول بالاقتضاء كما لم يقل بالاستحسان الا ان وجه الاستحسان ههنا ما ثبت بطريق الاقتضاء (قوله يعتبر تصرف العاقد فى رواية) اى يعتبر تصرف العاقد فسخا كان اواجازة فى رواية كتاب البيوع

المبسوط اما فى رواية مأذون المبسوط الفسخ اولى اختاره المصنف قال شمس الائمة الصحيح ماذكر فى المأذون وهكذا صححه قاضيخان ثم قالوا الاول قول محمد والثانى قول ابى يوسف كما فى الهداية وقيل عند محمد يصح فى النصف وينفسخ فى النصف ولكن يتخير صاحبه لتفرق الصفقة عليه كما فى الفتح (قوله باع عبدين بالخيار فى احدهما الخ) تقييده بالبايع اتفاقى اذ لو شراهما المشترى بالخيار كان الحكم كذلك صحة وفسادا (قوله لجهالة المبيع) فى الوجه الثالث او الثمن فى الوجه الرابع وفساد البيع فى هذا الوجه عند عامة المشايخ وقال القاضى الامام ابوزيد يصح العقد فى الذى لاخيار فيه لان الايجاب يتناولهما والخيار يمنع ثبوت الحكم فى احدهما فعمل الايجاب فى الاخذ بحصته من الثمن بعد ان صحت تسمية جملة الثمن فالجهالة عارضة فلا يمنع كذا فى كشف البزدوى (قوله وان اشترى كيليا) وكذا ان باعه وهكذا ان باع او اشترى مثليين بالخيار فى احدهما فانه يصح مطلقا كما فى البحر (قوله وصح التعيين) اى خيار التعيين اذ هو يسمى به اطلقه فشمل ما اذا كان للبايع وللمشترى ولم يذكر محمد كون هذا الخيار للبايع لافى بيوع الاصل ولا فى الجامع الصغير ولذلك اختلف المشايخ فيه فذكر الكرخى انه يجوز استحسانا لكونه فى معنى شرط الخيار ولهذا ذكروه فى بابه واختاره فى جامع الفصولين وذكر فى المجرد انه لايجوز واختاره فى الفتح اقول الارجح هو الجواز لان البايع قد يكون وكيلا للبيع او يكون وارثا فيحتاج الى خيار التعيين كما لايخفى (قوله فيما دون الاربعة) اطلقه ولكن قيده صاحب البدايع بالاشياء المتفاوتة كالعبيد والثياب فعلى هذا لايدخل خيار التعيين فى المثليات من جنس واحد لانه لافائدة له لعدم التفاوت فيها (قوله يعنى اذا اشترى ثوبين) وفى بعض الكتب احد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع فى الحقيقة احدهما والآخر امانة وما ذكره المصنف تجوز واستعارة ولو هلك احدهما او تعيب لزم البيع فيه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد ولو هلكها جميعا يلزمه نصف ثمن كل واحد لشيوع البيع والامانة فيهما كما فى الشروح (قوله الى اختيار من يثق به) هذا اذا كان الشراء لنفسه او من يشتريه له هذا اذا كان المشترى وكيلا هكذا نقل عن المصنف وانت خبير بان الاول اعم من ان يكون الخيار للبايع او المشترى كما لايخفى (قوله واذا شرط الخيار للمشترى) ظاهره يقتضى ان لايجوز خيار التعيين للبايع لانه لاحاجة الى اختيار الارفق اذ المبيع كان معه فيرد جانب البايع الى القياس وهذا وجه من لم يجوزه للبايع وقد عرفت ان الارجح هو الجواز وعليه اطلاق المتن كما هو الظاهر وايضا ان الجهالة لايفضى الى النزاع اذا كان الخيار للبايع اذ من شرط الخيار للبايع رضاء المشترى اخذ ما عند البايع ولو رديا تدبر (قوله لاشتمالها على الجيد والردى والوسط) قدم الجيد لشرفه واخر المتوسط لانه انما يتحقق بعد تحقق الطرفين (قوله ثم قيل يشترط ان يكون فى هذا العقد خيار الشرط) يريد به ان شرط جواز هذا العقد ان يكون فيه خيار الشرط وصورته ان يشترى احد الثوبين او الثلثة على ان يأخذ ايهما شاء على انه بالخيار فيما يعينه الى ثلثة ايام وهذا الاشتراط مذكور صورته فى الجامع الصغير ونسبه قاضيخان الى اكثر المشايخ وقال شمس الائمة السرخسى هو الصحيح (قوله وقيل لايشترط) كما فى الجامع الكبير وغيره وقال فخر الاسلام هو الصحيح ورجح هذا التصحيح الكمال المحقق وحمل المذكور فى الجامع الصغير من الصورة على انه وقع اتفاقا لاقيدا (قوله واذا لم يذكر خيار الشرط) مرتبط بقوله وقيل لايشترط وذكر فى الفوائد الظهيرية فعلى قول من لم يشترط خيار الشرط يلزم العقد فى احدهما

حتى لا يرد وعلى من اشترط له ان يردهما فى الايام الثلثة بحكم خيار الشرط وان يرد احدهما بحكم خيار التعيين (قوله لابد من توقيت خيار التعيين) وكذا يجب توقيت خيار التعيين فى صورة ذكر خيار الشرط وذا انه اذا كان فيه خيار الشرط فمضت المدة حتى انبرم العقد فى احدهما ولزم التعيين وجب ان يتقيد التعيين بثلاث اومدة معلومة من ذلك الوقت وحينئذ فاطلاق الطحاوى قوله خيار الشرط موقت بالثلث فى قوله وغير موقت بها عندهما وخيار التمييز غير موقت فيه نظر كما فى الفتح واجيب عن النظر بان توقيت خيار التعيين ليس قولا متفقا عليه بل هو قول اكثر المشايخ فجاز ان الطحاوى وافق غير الاكثر كما فى النهر الفائق واعترض على قول الاكثر العلامة الزيلعى بان الذى يغلب على الظن ان التوقيت لا يشترط فى خيار التعيين لانه لا يفيد وذلك انه فى خيار الشرط يفيد لزوم العقد عند مضى المدة وفى خيار التعيين لا يمكن ذلك لانه لازم فى احدهما قبل مضى الوقت ولا يمكن تعيينه بمضى الوقت بدون تعيينه والجواب عنه ما ذكر فى الحواشى السعدية وهو ان للتوقيت فائدة وهى انه يجبر على التعيين بعد مضى المدة قال وهذا هو اثر توقيت خيار التعيين كما اذا لم يذكر خيار الشرط معه ووقت ومضت مدته بلا فرق وانت خبير بان هذا هو المناسب لتوقيت خيار التعيين وبه يسقط ما فى البحر من ان العقد يرتفع بمضى المدة من غير تعيين بخلاف مضيها فى خيار الشرط فانه اجازة وقد ذكره تفقها والحق ما سبق تدبر العلم عند الله (قوله اشتريا بالخيار فرضى احدهما لا يرده الآخر) قيد الاشتراء اتفاقى اذ لو باعا ليس لاحدهما منفردا اجازة اورد عند ابى حنيفة كما فى الخانية وقيد الرضى اتفاقى ايضا اذ لو رد احدهما لا يجبر الآخر كما فى البحر واطلق المصنف ولكن خص فى البيانية بما اذا كان بعد القبض اما قبله فليس له الرد اتفاقا وذكر فى جامع المحبوبى من انهم اجمعوا على ان الواحد لو باع من اثنين وشرط الخيار لاحدهما ينفرد من له الخيار بالفسخ وكذا لو باع عبده من واحد بشرط وشرط له الخيار فى نصفه له ان يرد النصف وعلى انه لو كان البايع اثنين والمشترى واحد وفى البيع خيار شرط اوعيب فرد المشترى نصيب احدهما دون الآخر بحكم الخيار يجوز هكذا نقله عنه المقدسى وصاحب المنح والتشنيف (قوله فلو بطل هذا) اى خيار احد المشتريين وهو الراد بابطال الآخر خياره اى خيار نفسه وهو الراضى (قوله اقول تحقيقه) اى تحقيق دليل ابى حنيفة اشار به الى ترجيح قوله والى ان الخيار للمكنة للفسخ والرضاء فانهما سبق من احدهما يتبعه الآخر فيه فيثبت التصرف للسابق حقيقة وللآخر حكما فيتفقان فيه فلا حكم لمخالفة الآخر بعده كما لا حكم لرد من له الخيار بعد الاجازة اولاجازته بعد الرد هذا غاية توجيه كلامه وبعد محل تأمل لان المشبه به اى المقيس عليه ليس كذلك فلا يستقيم المدعى دليلا بل الاسلم فى دليله ما ذكر فى الكتب من انه لم يوجد شرط الرد عند رضى احدهما وهو كون المردود على الوصف الذى قبض ولم يوجد لان قبضه كان غير معيب بعيب الشركة بالنظر الى البايع وعند رده معيب به والشركة عيب فى الاعيان يقتضى نقصان الثمن والانتفاع والخيار انما يثبت على وجه لا يلحق الضرر بغيره وعند اقتضائه يسقط كما فى المنح وغيره (قوله بخلاف التوكيل) لا يقال بسط هذا الكلام يفوت حسن التقابل بين الدليلين لان وكيلى الطلاق بلا عوض اووكيلى رد الوديعة اونحوهما لم يذكر كل منهما فى دليل الامامين حتى تحتاج الى الجواب عنه فى دليل الامام الاعظم لانا نقول لما اختصر دليله اولا وتكفل ببسطه وتحقيقه ثانيا جر كلامه الى ذكر وكيلى البيع ونحوه لما بينهما وبين المشتريين بالخيار مشابهة فى عدم استبداد واحد منهما

كما فى كلا النوعين فتوجه على كلامه وكيل الطلاق بلاعوض الخ فدفعه كما ترى (قوله و يبطله اى خيار الشرط الاخذ بالشفعة دارا) اطلقه فشمل البايع والمشترى وتصوير المسئلة فى الشرح بالمشترى بمجرد تمثيل اوانه اصل فى الباب وقيده بالاخذ اتفاقى لان طلب الشفعة يبطله ايضا ولوذكره بدل الاخذ لكان اولى وكون الاخذ معرفا باللام انسب بحسب المعنى اى اخذ من له الخيار ولكنه غيرمناسب بحسب النحو لان عمل المصدر المعرف باللام فى المفعول به نادر وقيده بخيار الشرط لان طلبها لايسقط خيار الرؤية والعيب كما فى معراج الدراية فاقتصاره فى الشرح على خيار الرؤية نوع قصور (قوله لان يرد الدار) الاولى بخيار الرؤية ولايسترد المشترى الدار المشفوعة لان الشفيع قدملكها على وجه شرعى وهو الشفعة هذا هوالظاهر ولايردها على المشترى برد الدار الاولى ولاعلى البايع الابخيار رؤية وعيب على ماسيجئ فى بابها (قوله تعيبه) اطلقه فشمل مااذاعيبه المشترى اواجنبى اوتعيب بآفة سماوية او بفعل المبيع كما فى النهاية اما اذاتعيب فى يد المشترى بفعل البايع لايبطل خيار المشترى كما فى الفصول العمادية (قوله وزال) اى المرض فى مدة الخيار اما اذامضت وهومريض لزم البيع لتعذر الرد كما فى النهاية (قوله مضى المدة) اطلقه فشمل كونه عالما بمضى المدة اولا كما اذاجن اواغمى عليه فمضت كما فى البرجندى (قوله و يبطله ايضا تصرف لايفسخ) يعنى اذا كان الخيار للمشترى وفعل واحدا مماذكر كان اجازة ويتم البيع واذا كان للبايع وفعله كان فسخا (قوله كالاعتاق) وكذا الكتابة وكذاعلق كلا من الاعتاق والتدبير والكتابة فوجد الشرط فى المدة كما فى المنح (قوله اوتصرف لاينفذالافيه) اى فى الملك لوادرج نوع تصرف لايفسخ وهذا النوع لكان له وجه لانهما تصرف لايفعل الافى الملك وفيه تقليل الانواع وذامستحسن (قوله ونحوذلك كالاستخدام) فانه مرة لبس باجازة وثانيا اجازة الااذا كان فى نوع آخر كما فى المنح (قوله فانه يفعل للامتحان) يشير به الى ان ركوبها للسقى اوالرد اوالاعلاف اجازة وقيل ان لم يمكنه بدون الركوب لايكون اجازة واطلق فى فتاوى قاضيخان انه لايبطل خياره استحسانا فجعله الاستحسان ترجيح منه ذلك فظهر ان ما اشار اليه المصنف مرجوح كما لايخفى (قوله اشترى بالخيار الى الغد) وفى بعض النسخ الشراء بالخيار والقيد بالخيار اتفاقى كما قيد بالغد على مانبه فى الشرح على الثانى وصرح بالاول فى المنح (قوله بالشهر يفتى) اذهوالمعهود فى اطلاق تأجيل السلم ونحوه (قوله فالقول لمن ينكره مع اليمين فى ظاهر الرواية) فالمسئلة ح كانت وفاقية وفى غيرظاهر الرواية ان القول لمن يدعى الخيار عند ابى حنيفة لانه ينكر لزوم البيع معنى ولزومه امر حادث والقول لمنكر الحادث فيكون متمسكا بالاصل بحسب المعنى والاعتبار للمعانى دون الصور وعندهما القول لمنكر الخيار فحينئذ يكون المسئلة خلافية اختارها فى المجمع فى الذكر ومافى القنية يرجح ظاهر الرواية انه لو اختلفا فى خيار الشرط واقاما البينة فبينة مدعى خيار الشرط اولى وذا يقتضى كون القول لمنكره (قوله لان الخيار لايثبت بالشرط) الظاهر ان لازائدة اوان الاساقطة من ان يقول الابالشرط (قوله لمن تدعى احصر) الوقتين فى الكتب بالقاف بدل الخاء (قوله اشترى عبدا بشرط خبزه) او بشرط انه تاجر فوجد انه لايحسنه او بشرط انه فحل فاذا هو خصى اوعلى عكسه وكذا اشترى امة على انها بكر فاذا هى ثيب او مولودة الكوفة فاذا هو مولودة بغداد او اشترى على انه لحم معز فاذا هو لحم ضأن وانواعه كثيرة فى الكل جاز البيع وله الخيار (قوله ثم فواته توجب التخيير) حتى لومات المشترى انتقل هذا الخيار الى وارثه اجماعا لانه فى ضمن ذلك العين كما فى الفتح (قوله اذا لم يمنع الرد)

To: www.al-mostafa.com

سبب من الاسباب) قيد به لانه لو امتنع الرد بسبب من الاسباب يرجع المشترى على البايع بحصته من الثمن فيقوم العبد كاتبا وغير كاتب وينظر الى تفاوت ما بين ذلك فان كان مثل العشر يرجع بعشر الثمن كذا فى الذخيرة هذا فى ظاهر الرواية وهى اصح كما فى المنبع وذكر فى التجريد والظهيرية انه لو اشترى عبدا وهو خباز او كاتب من غير شرط خبز ولا كتابة فلم يقبضه المشترى حتى نسى الحرفة فى يد البايع كان للمشترى ان يرده انتهى لان الظاهر انه انما اشتراه رغبة فى تلك الصفة فصارت مشروطة دلالة كما فى البدايع (قوله كشراء شاة) وكذا اذا اشترى فرسا على انه هملاج اى حسن السير فى سرعة او اشترى كلبا على انه صياد جاز البيع كما فى المبسوط الظاهر على انه اذا وجد خلافه يخير كما لا يخفى (قوله اذ لا يعرف ذلك حقيقة) لانه يحتمل ان انتفاخ بطنه من ريح او ولد حى اوميت والمجهول اذا انضم الى المعلوم يصير الكل مجهولا فيفسد البيع كما فى المنبع (قوله غيرت) اى بدلت (قوله بذلك الثمن) الذى استرده من البايع لو مقبوضا له او فى ذمته ان لم يكن مقبوضا فلا حاجة لان يقال بالجارية المبيعة كما لا يخفى

﴿باب خيار الرؤية﴾

الاضافة فيه الى الشرط لان الرؤية شرط ثبوته واوقد رمضاف اى فى خيار عدم الرؤية لكان الاضافة على الاصل وهو اضافة المسبب الى السبب لان عدمها سبب ثبوته عند الرؤية والمراد بالرؤية العلم بالمقصود من باب عموم المجاز فصارت الرؤية من افراد المعنى المجازى فيشمل الباب ما اذا كان المبيع مما يعرف بالشم كالمسك وما اشتراه بعد رؤيته فوجده متغيرا وما اشتراه الاعمى ومما يعرف بالذوق ومن ذلك قال فى القنية بعلامة (ظم) اشترى مما يذاق فذاقه ليلا ولم يره سقط خيار الرؤية (قوله جاز البيع والشراء لما لم يرياه) اطلقه فشمل وقوع عدم رؤيتهما فى عقد اولا اذ لا مانع فيه ولا بس فى تصوير المصنف فى الشرح ما يقتضى منع اجتماع عدم رؤيتهما كما لا يخفى (قوله وكان ذلك بمحضر من الصحابة) رضى الله عنهم فيكون خيار الرؤية للمشترى مجمعا عليه من الصحابة ويثبت جواز بيع ما لم يره البايع وجواز شراء ما لم يره المشترى باجماعهم تدبر (قوله او غاب واشير الى مكانه) وفى المبسوط الاشارة اليه او الى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه او الى مكانه لا يجوز بالاجماع وهكذا فى الاسرار لان القول بجواز بيع ما لم يعلم جنسه اصلا بعيد كأن يقول بعتك شيئا بعشرة كما فى الفتح (قوله اى لبس فى ذلك المكان مسمى بذلك الاسم غيره) اى غير المبيع يريد به انه لا بد من ذكر اسم المبيع وان لا يكون فى ذلك مسمى آخر به معه كيلا يجهل المبيع قال فى النهاية المراد كون المكان معلوما باسمه والعين معلوما بحال لو كانت الرؤية حاصلة لجاز البيع بالاجماع انتهى اشار به الى ان حضورهما ليس بشرط فى ذلك المكان وكون المبيع معلوما بجنسه لكن لا مطلقا وقد سبق بعض التحقيق فى اول الكتاب تذكر (قوله لجهالة المبيع) هذا دليل عقلى مخالف لاجماع الصحابة والعقلى لا يكون حجة فى مقابلة الاجماع (قوله وقد روى انه عليه السلام قال من اشترى الحديث) قال ابو جعفر الطحاوى وجدنا الصحابة رضى الله تعالى عنهم اثبتوا خيار الرؤية وحكموا به واجمعوا عليه ولم يختلفوا فيه كما فى المنبع فظهر ان الحديث سند الاجماع وان عدم القول بخيار الرؤية خلاف الاجماع (قوله وان رضى قبلها) قيد به لانه لو فسخ قبلها ينفسخ العقد سواء كان قبل قبض المشترى او بعده ولا يشترط رضاء البايع ولا قضاء القاضى بعد ان يكون بحضرة البايع عندهما خلافا لابى يوسف كما فى المنبع (قوله لان الخيار متعلق بالرؤية) لما روينا وهو قوله عليه السلام فله الخيار اذا رآه

وذكر في الاصول ان اذا عند الكوفية تصلح للوقت والشرط على السواء وعند البصرية هي للوقت وقد تستعمل للشرط وذكر فيه ايضا ان مفهوم الشرط غير معتبر عندنا ومعتبر عند الشافعي وان هذا الاصل مبني على اصل وهو ان تعليق الحكم بالشرط هل يوجب عدمه عند انتفائه وان النفي حكم شرعي اولا يوجبه بل يبقى الحكم المعلق عند انتفاء الشرط على اصل العدم ذهب الى الاول الشافعي والى الثاني الحنفي اذا عرفت هذا فاستدلال فقهائنا بان ثبوت الخيار معلق في النص بالرؤية يرى انه استدلال بمفهوم الشرط فتحقيق الاستدلال ان المعلق بالشرط هو عدم قبل وجود الشرط اذا لم يكن له سبب غير ذلك الشرط والشيء قد يثبت باسباب كثيرة ولذلك لم يحكم بانتفائه عند انتفاء الشرط وهو واحد من الاسباب وفي الحديث لما علق الخيار بالرؤية ثبت به تعليق كل من الاجازة والفسخ بها فلما لم يثبت للاجازة سبب آخر بقي على العدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية بخلاف الفسخ فان له سببا آخر وهو عدم لزوم هذا العقد على المشتري وما كان غير لازم عليه له ان يفسخه بالضرورة هذا فظهر ان هذا لم يكن استدلالا بمفهوم الشرط فسقط بحث المصنف اولا وثانيا وما ذكره من الوجه داخل في هذا التحقيق المأخوذ من الفتح والمنبع حتى قال فيه لا سبب لهذا الخيار الا الرؤية فمن ادعى ثبوته بدليل آخر فعليه البيان (قوله دون البايع) هذا بالنسبة الى المبيع اما خياره في الثمن لو عينا كالمكيل فيثبت بخلاف ما لو دينا في الذمة او دراهم او دنانير فانه لا يثبت خيار الرؤية فيها واما بيع سلمه بسلمه ففيه خيار الرؤية لكل منهما لان كلا منهما مشتر للعوض الذي حصل له كما في الشرح (قوله فيبقى) الى ان يوجد مبطله ومبطله مبطل خيار الشرط الى آخر ما ذكره في اخر الباب (قوله لان كلا منها معاوضة) وفي الذخيرة الاصل ان كلما ينفسخ العقد فيه برده يثبت فيه خيار الرؤية ومالا فلا فلو تبايعا عينا بعين ثبت لكل منهما خيار الرؤية ولو دينا بدين لم يثبت فيه ولو اشترى عينا بدين فهو للمشتري فقط والفقه فيه ان الرد انما يتصور في العين وانه متصور في المملوك بالعقد ولهذا ثبت خيار الرؤية في العقود المذكورة في المتن لانها تنفسخ برد هذه الاشياء ولم يثبت في المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك لان هذه العقود لا تحتمل الانفساخ برد هذه الاموال (قوله فان لم يتفاوت جوابه اكتفى برؤية الخ) والجملة جواب ان كان وجملة وعلامته معترضة) اي علامة ما لا يتفاوت آحاده والنموذج معرب من نمونه ويقال الانموذج بضم الهمزة وصوب الاول لانه لا يعتبر في التعريب الزيادة (قوله فحينئذ يكون مخيرا) اي بخيار عيب كما في الينابيع وتعليل الكافي يفيد انه مخير بخيار رؤية والتحقيق انه في بعض الصور خيار عيب اذا وصل الخلاف الى حد العيب وخيار رؤية ان لم يصل وقد يجتمعان فيما اذا اشترى مالم يره فلم يقبضه حتى ذكر له البايع به عيبا ثم اراه المبيع الحال كذا في الفتح اقول ان خيار الرؤية لم يسقط بوصول التفاوت في الباقي الى حد العيب فيجتمعان سواء ذكره البايع له اولا بل لا حاجة الى اعتبار خيار العيب لان خيار الرؤية كاف فاي شيء اسقطه حتى انتقل منه الى خيار العيب تدبر (قوله والجوز واللوز من هذا القبيل الخ) اراد بهما المعدودات المتقاربة وجه الحاقها بالعدديات المتفاوتة اختلافها في الصغر والكبر كالبطيخ والرمان ثم ما ذكره صاحب الهداية صرح به في المحيط قال في المجرد وهو الاصح وذكر القاضي الامام الاسبيجابي في شرحه ان لا خيار له فيها هو الصحيح لان التفاوت بين صغير نحو البيض والجوز وكبيرهما تفاوت ملحق بالعدم عرفا وشرعا ولذلك جاز السلم فيهما عددا عند اصحابنا الثلاث خلافا لزفر ورجح صاحب

المنبع ماذكره الكرخي وفرق بين هذا والسلم بان مثل الجوز مما يتفاوت حقيقة والاصل في الحقايق اعتبارها الا ان الشرع اهدر هذا التفاوت والحقه بالعدم في السلم لحاجة الناس ولا حاجة الى الاهدار في اسقاط الخيار فبقي التفاوت فيه معتبرا فبرؤية البعض لم يحصل المقصود وهو العلم بحال الباقي فبقي الخيار اقول التحقيق ان البعض المرئي لو مختلطا بالصغير والكبير وحال الباقي كذلك فالعمل بما في المحيط احق وان كان المرئي منقحا من الباقي فيما ذكره الكرخي احق تدبر (قوله ووجه الرقيق) وهو يستوي فيه المذكر والمؤنث بل الواحد والجمع فيشمل العبد والجارية لان الحكم فيهما سواء كما في الشروح (قوله لان الوجه هو المقصود في الآدمي) افاد به انه لو رأى سائر اعضائه دون الوجه فله الخيار لا رؤية التبع كلا رؤية كما في المنبع (قوله والاول هو المروي عن ابي يوسف) وهو الصحيح كما في الشروح ولذا اختاره المصنف في المتن (قوله وكضرع شاة القنية) وفي الظهيرية لابد من النظر الى ضرعها وسائر جسدها انتهى قال في البحر فليحفظ هذا فان ما في بعض العبارات مايوهم الاقتصار على رؤية ضرعها انتهى قال قاضيخان في فتاواه ولو كانت شاة قنية لابد من النظر الى ضرعها مع الرؤية الى جسدها انتهى اعترض على صاحب البحر بان الظاهر انه لو اقتصر على رؤية الضرع كفاه كما جزم به غير واحد اقول هذا بناء على اختلاف الرواية فيه اوبناء على ان مراد من ذكر رؤية الضرع فقط انه لايكتفي برؤية جسدها بل لابد من رؤية ضرعها كما لايكتفي في شاة اللحم برؤية الجسد بل لابد من جسها صرح به في المنبع وعليه عبارة قاضيخان تدبر (قوله وظاهر ثوب مطوي غير معلم) وعند زفر لابد من رؤية باطنه معلما كان اوغيره ثم قيل هذا في عرفهم اما في عرفنا فالم ير الباطن لايسقط خياره لانه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب ولذلك قال في المبسوط الجواب على ماقال زفر (قوله واما اذا كان في بطنه) وفي بعض النسخ بلاواو والاول الصواب لان الواو متن وبدونه لايرتبط قوله موضع علم بما قبله (قوله فلابد من رؤية موضع علمه) لان المالية تتفاوت بحسبه كما في الكافي حتى لو لم يختلف قيمته بالعلم وبدونه فلا حاجة الى رؤية العلم كما في الخزانة (قوله معلما) على وزن اسم المفعول من اعلم الثوب اي جعله ذا علم بفتحتين وهو قطعة من الثوب يخاط في منكبيه وهو مهجور في زماننا كذا قال المولى سروري في شرح كلستان للشيخ سعدي (قوله اورؤية الدهن في الزجاج) هذا قول ابي حنيفة وقال محمد فيما رواه الحسن عنه يسقط خياره وهكذا لو رأى السمك في دائرة ما يمكن اخذه من غير اصطياد وحيلة لايسقط خياره في الصحيح لانه يرى في الماء اكبر مما هو في الخارج فلم يحصل المقصود بهذه الرؤية كما في البدائع والبحر وكذا لو رأى المبيع في المرآة لايسقط خياره لانه مارأى عينه بل مثاله كما في التحفة (قوله وكفى نظر وكيله بالقبض) كوكيله بالشراء قاس المختلف فيه الى المتفق عليه لان رؤية الوكيل بالشراء تسقط الخيار اتفاقا كما ان رؤية الرسول لاتسقط اتفاقا والخلاف في الوكيل بالقبض قيد التوكيل بالقبض والشراء لانه لووكل بالرؤية مقصودا لايصح ولايصير رؤيته كرؤية موكله حتى لو اشترى شيئا لم يره فوكل رجلا برؤيته وقال ان رضيته فخذه لم يجز كما في فصول العمادي وجامع الفصولين وذكر في الذخيرة ان هذا لايجوز عند ابي يوسف ومحمد واما عند ابي حنيفة فان قيل يجوز فله وجه وان قيل لايجوز فله وجه وذكر في المحيط انه لو وكل رجلا بالنظر الى ما اشترى ولم يره ان رضي يلزم العقد وان لم يرض يفسخه يصح التوكيل فيقوم نظره مقام نظر الموكل لانه جعل الرأي والنظر اليه فيصح كما لو فوض الفسخ والاجازة اليه في البيع

بشرط الخيار وهكذا في المجتبي ولعل ان ما في الذخيرة من الجواز يحمل على هذا وهو تفويض الرأي والنظر اليه ومن عدم الجواز يحمل على افراد النظر وهو المذكور في العمادي ايضا فحصل التوفيق بين الكل تدبر (قوله واما اذا قبضه) تحقيق الدليل الامام وجواب عن قياس الامامين قياس القبض مع الرؤية على القبض مستورا ثم الرؤية الا انه لما رجح قول الاعظم اجل دليلهما ولكن صاحب البحر وان رجح قولهما الا ان عامة الشراح على رجحان قوله (قوله وسقط خياره اذا اشترى بجنسه الخ) هذا اذا وجدت هذه الاشياء منه قبل الشراء واما اذا اشترى قبل هذه لايسقط خياره بها بل يثبت باتفاق الروايات ويمتد الى ان يوجد منه مايدل على الرضاء من قول اوفعل هو الصحيح كذا في التبيين والبحر الا ان عبارة الولوالجية ان هذه الاشياء بمنزلة النظر من البصير وعليه عامة الشروح مطلقا (قوله فوجده معيبا) اى رد يا سواء كان التفاوت بالغا مبلغ حد العيب اولا لان خيار الرؤية لم يسقط بالبلوغ الى حد العيب فيكون كافيا في الرد فلاحاجة الى الانتقال منه الى خيار العيب فلايكون المراد هنا خيار العيب حتى يكون هذا مخالفا لما سيجئ في باب خيار العيب لانه لو اشترى عبدين صفقة واحدة وقبضهما رد المعيب فقط (قوله وبعده) اى بعد القبض بان قبضه مستورا اما اذا قبضه مكشوفا بطل خياره كما في بعض شروح الهداية ورده في معراج الدراية بان الخيار يبقى الى ان يوجد مايبطله واقره في البناية عليه الحاصل انه اذا استحق بعض الكل او البعض تخير مطلقا متعددا او واحدا مثليا اوقيميا وان كان بعد قبض جميعه فلاخيار في الكل الا في قيمي واحد ان استحق بعضه فانه يخير وفي خيار العيب اذا اطلع على عيب بالبعض فان كان بعد القبض رد المعيب وحده الا في قيمي واحد فيرد الكل وان كان قبله رد الكل وفي خيار الشرط والرؤية يرد الكل قبل القبض وبعده كذا افاده صاحب البحر يعني يرد المشتري الكل مالم يصدر منه مايسقط خيار الشرط والرؤية كما لايخفى (قوله الا اذا لم يعرف الخ) وزاد في البحر فهما عن بعض الكتب قيدا آخر وهو ان يكون الرؤية السابقة لقصد الشراء حتى لو رآه لا لقصد الشراء ثم اشتراه فله الخيار ورده المقدسي بان اطلاقات المعتبرات تنافي ذلك (قوله هذا اذا كان المدة قريبة) وفي الظهيرية ولو رأى شيئا ثم اشتراه فلاخيار له الا ان تطول المدة او الشهر طويل ومادونه قليل ولو تغير فله الخيار بكل حال ولايصدق في دعوى التغير الا بحجة الا اذا طالت المدة انتهى وهكذا في البرجندي الشهر طويلا وفي الصغرى واعتبر الشهر قليلا في حق هذا لانه لايتغير في مدة الشهر غالبا وهكذا جعل في الفتح الشهر قليلا (قوله لما جاز التصرف فيه) فلايصح بيع ثوب اوهبته منه (قوله بان رد المشتري الثاني) اى مشتري ثوب من العدل اليه اى الى مشتري العدل بالعيب بالقضاء وكذا لورده اليه بخيار الرؤية اوالشرط كما في الفتح (قوله فهو على خياره) هذا ما ذكره شمس الائمة السرخسي (قوله وعليه اعتمد القدوري) وصححه قاضيخان وقبله ابن الهمام ورجح صاحب البحر ما ذكره شمس الائمة وفصل بعض تفصيل (قوله ويبطله مبطل خيار الشرط وقد مر ذكره) والمبطل المار الذكر تعيب ومضى المدة وتصرف لا يفسخ اولا يحل الا في الملك اولا ينفذ الا فيه اطلق المبطل فشمل الكل الا ان قوله ولايتوقف اخرج مضى المدة من البين وان قوله وما لا يوجب الخ يخصصه بتصرف لا يفسخ ولابتصرف يوجب حقا للغير كالبيع المطلق او بشرط خيار للمشتري والرهن والاجارة بل تصرف لايفسخ كالتدبير والاعتاق يوجب حقا لله تعالى فهو

داخل في التصرف الذي يوجب حقا للغير و به يظهر حسن المقابلة بتصرف لايوجب حق
الغير ولله در المصنف في تنقيح المتن وتلخيصه (قوله اى سواء كان قبل الرؤية) ومعنى بطلانه
قبلها خروجه عن صلاحية ان يثبت له الخيار عندها كذا في اصلاح الايضاح (قوله كالبيع
بالخيار) اى بخيار البايع وهو المراد اذ لو باعه على ان المشترى بالخيار يبطل الخيار مطلقا صرح
به في الخلاصة وقد سبق التنبيه عليه واشار بهذا النوع ان دليل الرضاء يبطله بعد الرؤية
كصريح الرضاء كما صرح به في الشروح (قوله لان هذه التصرفات التي لم توجب حقا للغير
وهى البيع بالخيار والمساومة الخ) وقوله واما التصرفات الاول اراد به الافراد التي تدخل تحت
قوله وقد مر ذكره من التدبير والاعتاق والبيع المطلق وغيرها واستخراج الطالب المبتدى تلك
الافراد متميزة عما يقابلها هذا من الاجمال دونه خرط القتاد وعليه ان يأتى بالافراد اولا
ولو في الشروح حتى يظهر حسن هذا التفصيل وبالجملة لايخلو شرح المصنف كثيرا عن مثل هذا
الخبط وقوله لان بعضها لايقبل الفسخ ناظر الى افراد النوع الاول وقوله وبعضها اوجب حق الغير
ناظر الى افراد النوع الثانى (قوله كذا طلب الشفعة بما لم يره) ولقد صرح في المنبع وغيره بان
طلب الشفعة والاخذ بها والعرض على البيع دليل الرضاء وقد عرفت آنفا ومن قوله وان رضى
قبلها ان الرضاء ودليله يبطلانه بعد الرؤية فظهر ان طلب الشفعة من قبيل تصرف لايوجب
حق الغير في انه دليل الرضاء الا انه افرده بالذكر لانه لم يكن تصرفا في المبيع ولله در المصنف
حيث اثبت هنا ما افاده القيد السابق ولم يكن مخالفا لما سبق منه في مسئلة الاخذ بالشفعة من
باب خيار الشرط لان وضعها فيما كان قبل الرؤية وقوله اى يبطله بعد الرؤية لاقبلها تفسير
لقوله كذا اذ التشبيه بما قبله يقتضى ان يفسر هكذا نعم اللايق ترك قوله بما لم يره لانه يوهم كون المراد
طلبها قبل الرؤية وان كان يدفعه التشبيه تدبر

باب خيار العيب

الاضافة فيه اضافة الشئ الى سببه وكتمان العيب بعد العلم به حرام قال في الحاوى القدسي اذا باع سلعة
معيبة عليه البيان وان لم يبين قيل يفسق وترد شهادته قال صدر الشهيد لانأخذ به انتهى
اقول ولايلزم منه عدم الحرمة كما لايخفى (قوله ماينقص ثمنه) اطلقه فشمل ما اذا كان فاحشا
او يسيرا كما في السراج الوهاج قيد بالثمن لانه لو كان مهرا اوبدل الخلع اوبدل صلح عن دم
العمد يرد بفاحش العيب لابيسيره والفاحش مايخرجه من الجيد الى الوسط ومنه الى الردى
هذا اذا لم يكن كيليا او وزنيا اماهما فيرد بيسيره ايضا مطلقا كما في الجامع الفصولين (قوله
ولم يره المشترى) اى لم يعلمه حتى لو نظر المشترى الى العيب ولم يعلم انه عيب ثم علم فله الرد
الا ان يكون جليا لايخفى على الناس كالعور ونحوه فحينئذ لايرد كما في المحيط و القنية والبزازية
(قوله عند التجار) هذا بناء على الغالب اذ في العقار يعتبر نقصان الثمن بتقويم المقومين ولامدخل
لرأى التجار في ذلك اوالمراد به اهل خبرة المبيع ولذلك قال شيخ الاسلام خواهر زاده ان مايعتبر
في العيب عرف الناس فما عرفوه عيبا كان عيبا ومالا فلا ذكره في الذخيرة وغيره والتجار
بضم التاء و تضعيف الجيم جمع تاجر اتى بصيغة الجمع اشارة الى ان المعتبر ما هو عيب عند
الكل حتى لو اختلفوا فقال بعضهم عيب وقال بعضهم ليس بعيب لم يكن له ان يرد كما في
التاتار خانية (قوله لانه رضا) قيد للمنفى يعنى لو رآه عند البيع او القبض لا يرد المبيع لانه رضا
(قوله كما مر) اى في قوله وان رأه كل ذراع بدرهم صح في الكل الخ (قوله كالاباق) اى فرارا عن
العمل وتمردا على المولى ولو الى البايع اما لو كان من الظلم فانه يسمى هربا لااباقا قاله الثعالبي فعلى هذا

الاباق عيب والهرب ليس بعيب كما فى الجوهرة اطلقه فشمل ما اذا ابق من المولى او من غيره
مستأجرا او مستعيرا او مودعا الا من غاصب الى المولى او غيره ان لم يعرف منزله او لم يقو على
الرجوع اليه فهو عيب كما فى المنبع واراد بالاباق هنا اباق القن كما هو مقتضى آخر كلامه اما اباق
نحو الثور ففيه ثلثة اقوال عيب مطلقا وليس بعيب اذا ابق الى قرية البايع وعيب ان دام
على ذلك اما المرتان والثلث فلا قال الزاهدى كونه عيبا احسن لان خلع الرسن عيب فهذا
اولى (قوله ولو الى مادون السفر) هذا بلا خلاف بين المشايخ ولكن اختلفوا هل يشترط
الخروج من البلد ام لا فقيل الاشبه ان البلدان كان كبيرا كالقاهرة فهو عيب وان كان صغيرا
لايخفى عليه اهله وبيوته لايكون عيبا كما فى البحر (قوله والسرقة ولو مادون النصاب) حتى
لو سرق درهما يكون عيبا وقيل مادون درهم لايكون عيبا اطلقه فشمل سرقة من المولى وغيره
الا فى المأكولات فان سرقته من المولى ليس بعيب ومن غيره عيب وان سرق ما يؤكل لاجل
البيع او الاهداء فهو عيب سواء كان من المولى او غيره كما فى الذخيرة (قوله وان كان مميزا) وحده
ان يأكل وحده و يشرب وحده و يستنجى وحده كذا فى الجامع المحبوبى والخانية وقال بعض
المشايخ حده ان يكون ابن خمس سنين كما فى الذخيرة (قوله فاذا حصل عند البايع فى الصغر)
ذكر فى الفوائد الظهيرية وههنا مسئلة عجيبة وهى ان من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول
فى الفراش وتعيب عنده بعيب آخر ولم يتمكن الرد كان له ان يرجع بنقصان العيب فاذا رجع
بالنقصان ثم كبر العبد فللبايع ان يسترد ما اعطى للنقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ وظاهر
كلامه انه تفقه منه لكنه استدل عليه بمسئلتين وفصل واحسن وعليه قول المصنف ايضا
وهو فان عاوده بعد البلوغ يكون عيبا حادثا اى عيبا غير الاول كما لايخفى (قوله لاختلاف
سببهما) فان السرقة والبول فى الفراش والاباق فى حال الصغر لحب اللعب وضعف المثانة
وقلة التأمل فى عواقب الامور وفى حال الكبر لخبث فى الباطن فرارا عن العمل وتمردا على المولى
وداء فى البطن وخبث فى الطبيعة ورغبة فى المال كما فى الشروح (قوله بناء على انه عيب قديم)
للمنفى وبدل حادث بقديم يكون قيدا للنفى (قوله وكالجنون) اطلقه فشمل انه عيب ولو كان ساعة
وقال بعضهم ان كان اكثر من يوم وليلة فهو عيب وما كان يوما وليلة ومادونه ليس بعيب وقال
بعض المطبق عيب وغير المطبق ليس بعيب كما فى الشروح (قوله وعاد فى يد المشترى) قيد
بالعود لانه هو الصحيح وان لم يتحد السبب وهو المذكور فى المبسوط والاصل والجامع الكبير والكافى
وشروح الهداية وبه اخذ الاسبيجابى وقيل لايشترط المعاودة بل اذا جن فى يد البايع كفى
للرد واليه ميل الحلوانى وخواهر زاده وهو مختار الفقيه ابى الليث والاول هو الراجح وعليه
عامة المشايخ ومختار صدر الشهيد حتى حكموا بغلط ما عداه (قوله والزنا) قال فى البرجندى
واعلم انه يشترط المعاودة فى يد المشترى فى جميع العيوب الا فى الزنا فيل هذه رواية محمد كذا
فى الخلاصة انتهى (قوله فان يكون اداء فى البدن) والداء عيب (قوله و يكون الزنا عادة له) بان زنى
اكثر من مرتين والتعليل بقوله لان اتباعهن مخل بالخدمة لايقتضى ان يصير المعاودة فى يد
المشترى شرطا فى حق الغلام لان كونه عادة له يقتضى اتباعهن مطلقا فيخل بالخدمة فيكون
عيبا يصح الرد به واما نفس الزنا فليس بعيب فى حقه ومن ذلك لو وجده المشترى عنينا فله
الرد كما فى البيانية (قوله والكفر) اطلقه فشمل كفر النصارى واليهود والمجوسى كما فى البيانية وشمل
ما اذا شرط اسلامه او اطلق فظهر كفره ولو كان المشترى ذميا كما فى السراج الوهاج و ينبغى

ان لايكون عيبا فى كون المشترى ذميا كما فى المقدسى اقول هذا هو الصحيح لان كون الكفر عيبا انما يعلل بان طبع المسلم ينفر الخ وهذا يقتضى ان لو كان المشترى ذميا والكفر ملة واحدة على انه لانفع للذمى من العبد المسلم فانه يجبر على اخراجه عن ملكه والرقيق انما يبتاع للاستخدام غالبا ولم ار هذا التعميم فى كلام غير صاحب السراج تدبر ولو وجد معتزليا او رافضيا قال صاحب البحر ينبغى ان يكون عيبا كالكفر لان السيد ينفر عن صحبته وربما يخاف عنه لان الروافض يستحلون قتلنا انتهى قال فى النهر الفائق الرافضى الذى يسب الشيخين داخل فى الكفر لانه كفر بذلك انتهى (قوله فوجده مسلما) ولو كان المشترى كافرا لايرده لان الاسلام زيادة كما فى المنبع (قوله والسعال القديم) ظاهره يقتضى ان لايكون الحادث عيبا ولو كان موجودا حين العقد والتحقيق فيه ان ما كان عن داء فهو عيب والافلا وعليه كلام صاحب البحر (قوله والدين المطالب حالا) لا المؤخر الى العتق كذا فى الذخيرة وغيره واستثنى فى القنية اليسير فلا يعد نقصا فان قضى المولى الدين قبل الرداء وابرا الغريم سقط الرد كما فى السراج والبزازية (قوله والشعر والماء فى العين) ولاخصوصية لهما بل كذلك كل مرض فى العين كسبل وغرب وعمش ونحوها كما فى المقدسى (قوله وارتفاع حيض بنت سبع عشرة) اطلقه الا ان المراد ارتفاعه فى اوانه اما ارتفاعه فى سن الاياس فلايكون عيبا بالاتفاق كما فى معراج الدراية وادنى مدة فى ارتفاع الحيض حتى يعد عيبا اختلفوا فيه قيل شهر وقيل تسعة اشهر وقيل اربعة اشهر وعشر وقيل شهران وخمسة ايام وعلى الاخير الفتوى وعمل الناس كما فى الخلاصة والبرجندى و ينبغى ان يعول على الاول كما فى الفتح ثم معرفة ارتفاع الحيض بقول الامة فيتوجه خصومة المشترى بها الى البايع فترد اذا انضم اليه نكول البايع سواء كان قبل القبض او بعده هو الصحيح ولاحاجة فى الدعوى الى انه ارتفع عن حبل اوداء وقيل لابد من ذكر احدهما وههنا تفصيل فى المقدسى والبحر (قوله فلو حدث عند المشترى) سواء كان بعد ظهور العيب القديم اوقبله اذلافرق بينهما فترجيح ذكر احدهما على الآخر نوع قصور كاقتصار الذكر على احدهما اطلق حدوث العيب عنده فشمل ماحدث بفعل المشترى او بفعل اجنبى او بآفة سماوية او بفعل المبيع هكذا ذكر فى جامع الفصولين وغيره اشير به الى انه لو كان بفعل البايع لايمتنع الرد وهو الظاهر ولو كان ظاهر الكتاب الاطلاق (قوله بان يقوم المعتبر قيمته يوم البيع) كما فى الاشباه والمقوم لابد ان يكون اثنان يخبران بلفظ الشهادة بحضرة البايع و المشترى والمقوم الاهل فى كل حرفة كما فى البزازية وذكر فى شرح المنظومة ان التقويم فى المثليات يكفى فيه واحد فيحتاج الفرق كما فى المقدسى (قوله اورده برضى البايع) يعنى اذا رضى البايع فالمشترى مخير ان شاء امسك المبيع ولارجوع له بالنقصان وان شاء رده لان البايع اذا رضى فالخيار للمشترى بين الرد والامساك والرجوع بالنقصان كذا افاده صاحب المعراج (قوله رجع بعشر الثمن) تصويره ان قيمة المبيع سالما مائة درهم ومعيبا تسعون فيكون التفاوت بين القيمتين عشرا وثمنه مائتان فيرجع بعشر الثمن وذلك عشرون درهما وهكذا فى غيره (قوله فقطعه القطع عيب حادث) اطلق القطع فشمل قطعه لنفسه اولولده الكبير او الصغير ولكن لو قطعه للصغير صار مملكا له بلاتسليم فلارجوع كما فى صورة بيعه كما فى التشنيف (قوله ان باعه) اطلقه فشمل ما اذا باعه قبل رؤية العيب القديم او بعده كما فى الفتح واما اذا كان لضرورة اولا لما فى القنية من انه شرى سمكة فوجدها معيبة وغاب البايع ولو انتظر حضوره تفسد فشواها و باعها لايرجع بشئ ولاسبيل له لدفع ضرره انتهى (قوله قيد به) صرح به شراح المجمع كابن الملك

﴿ وصاحب ﴾

وصاحب التنشيف قال الحدادى فى شرح القدورى اوصبغه يعنى احمر فان صبغه اسود فكذلك عندهما لان السواد عندهما زيادة وعند ابى حنيفة السواد نقصان فيكون للبايع اخذه انتهى (قوله فان خاط المقطوع) الخاطة كما تمنع رد الثوب بعيب قديم تمنع الرجوع بثمنه عند استحقاقه فلو شرى قيصا فقطعه وخاطه ثم برهن مستحق ان القميص له وقضى له لم يرجع المشترى بالثمن على بايعه لانه استحق بسبب حادث بخلاف ما اذا قطعه ولم يخطه فبرهن ان القميص له رجوع بالثمن وتفصيله فى تلخيص الجامع الكبير وشرحه التنوير (قوله لا يأخذه) اى البايع المبيع بسبب هذه الزيادة والاخذ انما يكون بالفسخ وذا لا يمكن مع الزيادة لانها غير معيبة ولابد ونها لعدم الانفكاك ولو اسقط المشترى حقه الزيادة لا يأخذه البايع لامتناع الرد بحق الشرع وهو الربوا وشبهته والربوا اسم لما يستحق بالمعاوضة بلا عوض يقابله كما فى المنبع وغيره (قوله لحصول الربوا) والاعتراض عليه بان حرمة الربوا بالقدر والجنس وهما مفقودان هنا مدفوع بما ذكر فى المنبع فى القول السابق وبما فى الخانية فى فصل الرد بالعيب ان الربوا عبارة عن التزام الزيادة لاعوض عن شئ حاصله ان الربوا ليس بمنحصر عندهم فيما ذكره المعترض (قوله بعد رؤية عيبه) اى بعد العلم بالعيب القديم (قوله اومات العبد) اى فى يد المشترى لانه اذا باعه فمات فى يد المشترى الثانى فاطلع الثانى على عيب قديم يرجع على بايعه بالنقصان و بايعه لا يرجع على البايع الاول عند ابى حنيفة خلافا لهما كما فى الخلاصة وقيد العبد اتفاقى كالموت يراد به المبيع فيتناول هلاك المبيع مطلقا فلواشترى جدارا مائلا فلم يعلم به حتى سقط فله الرجوع بالنقصان كما فى القنية (قوله لا بفعله) الضمير عائد الى المشترى وكذا فى قوله بفعله (قوله بخلاف البيع قبل الخياطة) فقوله قبل الخياطة لا يلايم قوله فى العبد فباسقاط احدهما يلتئم الكلام ولو قال كما فى العبد اى فى اعتاق العبد على ان يكون قيدا للمنفى لم يحتج الى الاسقاط تدبر وقوله ولهذا اى ولكون البيع قاطعا ملكه المشترى الثانى فصار البايع الثانى كالمستبق لملكه اى ملك المشترى الثانى فلم يرجع اى البايع الثانى الى الاول بنقصان العيب القديم (قوله على منافاة الدليل) والدليل كون الاصل فى الآدمى الحرية لكون الناس كلهم اولاد آدم وحوى عليهما السلام ولكن الشرع ضرب المالك بعارض الكفر الى غاية العتق الخ (قوله حقيقة ناظر الى التدبير والاستيلاد) وقوله حكما ناظر الى الاعتاق والدليل على ثبوت اصل الملك مع الاعتاق ثبوت الولاء فبقاء الولاء كبقاء الملك كذا فى الكافى (قوله وان كان بعوض) اى صورة اذهو ليس بعوض حقيقة لكونه مال المولى فصار كالاعتاق على غير مال ولهذا ثبت له الولاء فى الوجهين كما فى المنبع ورجح الاول وهو ظاهر الرواية بانه زال عن ملكه ببدل ولو صورة فاشبه البيع فلا يرجع كما فيه ولانه حابس لعوضه قطعا وحبس العوض كحبس المعوض كما فى الشروح (قوله اذا كان بفعل مضمون من المشترى الخ) قيد به لانه لو قتله اجنبى يرجع بنقصانه اذ لم يجب على القاتل الا قيمته معيبا كما فى الفصول العمادية (قوله او بفعل غير مضمون منه) كالاعتاق مجانا او التدبير او الاستيلاد (قوله بان هلك) اى بآفة سماوية او انتقص اوازداد زيادة مانعة من الرد (قوله فصار كالمستفيد بالملك عوضا) اى صار المشترى بقتله كالمستفيد بملك العبد عوضا وهو سلامة نفسه على اعتبار العمد وسلامة الدية للمولى على اعتبار الخطاء فصار كانه اخذ عوضا بازاء ملكه بالقتل كما لو باع واخذ ثمنه كما فى المبسوط (قوله واللبس) قيد باللبس لانه لو خرق المشترى

الثوب بغير لبس ثم علم بالعيب لا يرجع بالنقصان اتفاقا كما في الخلاصة (قوله وعندهما يرجع) وبه قال الشافعي واحد وبه اخذ الطحاوي وفي الخلاصة والاختيار وعليه الفتوى وهكذا في الواقعات فظهر ان المصنف ترك القول المفتى به في المذهب في المتن والتنبيه عليه في الشرح كما لا يخفى (قوله شرى نحو بيض) يدخل فيه الجوز واللوز والفستق والفندق وامثالها اطلق البيض واستثنوا بيض النعامة اذا وجده فاسدا بعد الكسر فانه يرجع بنقصان العيب لان ماليته باعتبار القشر ومافيه بخلاف غيره كما في الفتح (قوله وبطيخ) يدخل فيه الرمان والسفرجل ونحوهما (قوله ووجده فاسدا) اطلقه فشمل ماوجده فاسدا قبل كسره وبعده والاخير هو المراد وعليه كلامه في الشرح واما لو اطلع على عيبه قبل كسره فانه يرده صرح به في الشروح فاللائق على المصنف ان يقول فكسره ووجده فاسدا اطلق وجدان المبيع ولكن يراد جميعه لانه لو وجد البعض منه فاسدا لو قليلا صح البيع لعدم خلوه عنه عادة ولا خيار له لو كثيرا فالصحيح عنده البطلان ويصح عندهما في الصحيح بحصته والقليل الثلاث وما دونها في المائة والكثير مازاد والفاكهة من هذا القبيل كذا في المعراج والنهاية وجعل الفقيه ابو الليث الخمسة لستة في المأة من الجوز معفوا لان هذا القدر كالمشاهد عند البيع كما في المقدسي (قوله لان ماليته باعتبار اللب) حتى لو كان قليل اللب او اسود اللب يرجع بنقصان العيب كما في البزازية وصرح في الذخيرة بانه عيب وليس من الفساد فعلى هذا او بدل قوله فاسدا معيبا لكان اولى (قوله باع مشترية) اى قبل علمه بعيبه اطلق المشترية ولكن المراد ماعدا نقدا امامه فليس كذلك فانه يجعل فسخا اذا رد بعيب لافرق بين القضاء والرضاء فيه كما في المحيط والخانية (قوله متعلق بقوله رد بعد ماتعلق به قوله بعيب) اراد به دفع مارد عليه ان تعلق حرفي جر بمعنى واحد بفعل واحد غير جائز عند اهل العربية وجه الدفع ان الاول متعلق بفعل مطلق والثانى متعلق به بعد التقييد بالاول فيتعدد المتعلق بالاعتبار ولك ان تدفعه بان يحمل الاول على السببية والثانية على الملابسة فلا يكون كلا الحرفين حينئذ بمعنى واحد فيندفع المحذور وقد سبق نظيره في اول باب العاشر (قوله رد على بايعه) هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف واما عند محمد فلا يرده عليه للتناقض حيث اقر بعدم العيب عنده حتى ادعى المشتري الثانى العيب القديم وجه مافي المتن ماذكر في الشرح مفصلا حاصله ان اقراره التحق بالعدم بتكذيب الشرع فلا تناقض (قوله والبايع انكر فاثبته المشتري بالبينة) او اقر وابى القبول فقضى عليه كما في الكافي اقول وينبغي ان يكون الحكم كذلك ان نكل عن اليمين على اقراره بالعيب فقضى عليه لانه لبس بدون عما ذكر في الكافي ولم اره صريحا (قوله واما ان يكون ببينة) اطلقه ولكنه مقيد بان لا يكون البينة على حدوث والعيب عند المشتري الاول اذ لو قامت على حدوثه عنده فرد عليه فليس للمشتري الاول المخاصمة مع بايعه اجماعا صرح به في التشنيف والمنبع (قوله وفي كل منهما) اى في قبول المشتري بان ثبت عليه اقراره بالعيب وفي قبوله بان ثبت عليه وجدان العيب القديم او نكل عن اليمين (قوله فله الخصومة والرد) فللمشتري الاول ذلك اشار به الى ان ليس المراد من قوله في المتن رد على بايعه كون الرد عليه ردا على بايعه بل معناه ان له ان يخاصم الاول ويفعل ما يجب ان يفعل عند قصد الرد (قوله لكنه صار مكذبا شرعا) بقضاء القاضي اى لمن يدعي العيب (قوله لا يبطل حقه الخ) اى حق المقر لان الشارع كذبه بقضاء القاضي لمن يدعي الاستحقاق كذا افاده المحشي الاول وهو الحق فمن قال انه سهو

فقيد سهى (قوله هذا اذا رد المشترى) الاشارة الى الفرق بين القضاء والرضاء في الحكم اشار به الى ان المراد بالمشترى المقبوض وان لم يفهم من المتن الخصوص والضمير فى قوله ولافرق بينهما عائد الى القضاء والرضاء ولاحاجة لقوله سواء كان الرد بقضاء او بغيره وان حصل به تأكيد ولو قال فلافرق بين ما كان الرد بقضاء او بغيره كما قال به صاحب العناية لكان منقحا (قوله فسخ من الاصل فى حق الكل) فالمشترى الاول ان يرده على البايع الاول سواء كان بقضاء او بغيره (قوله فصار كالرد بخيار الرؤية) او بخيار الشرط كما لو باع بيعا فيه خيار الرؤية او باع المشترى الاول من المشترى الثانى بشرط الخيار له فانه اذا فسخ المشترى الثانى بحكم الخيار كان للمشترى الاول ان يرده مطلقا كما فى الفتح حاصله ان الفسخ باحد هذين الخيارين لايتوقف على قضاء كذلك لايتوقف عليه طلب المشترى الاول خيار العيب اذا كان رد الثانى قبل قبض المشترى من البايع الاول (قوله لايحدث مثله) اى مطلقا اوفى مدة كونه فى ملك المشترى الاول الى رد المشترى الثانى كما فى الفتح (قوله هو الصحيح) وجهه ان رد الثانى يثبت بالتراضى فيكون كالبيع الجديد فى حق الاول فيمنع رده على بايعه (قوله اذ لو دفعه) اى يجبر القاضى وهو المراد وعليه السباق والسياق وقوله فينتقض القضاء اى بدفع الثمن وقوله صونا لقضائه على الانتقاض اذ صونه عنه لازم (قوله وان كان له شاهد غاب شهوده) الظاهر ان واو العطف سقط من قلم الشارح اى وغاب شهوده وفاعل غاب ظاهر فى مقام الضمير بالنظر الى الشرح او ان جملة غاب بدل من جملة كان بجئ بالمبدل منه لحسن المقابلة واراد بغيبة الشهود غيبتهما عن المصر لاعن المجلس لانه لو قال لى بينة حاضرة امهله القاضى الى المجلس الثانى ولو طلب الامهال الى ثلاثة ايام امهله اذ لاضرر فيه على البايع كما فى الفتح ثم قبول البينة فى مثله بعد الحلف لاخلاف فيه وانما الخلاف فيما اذا قال لا بينة لى لحلف خصمه ثم اتى بالبينة ففى ادب القاضى يقبل فى قول ابى حنيفة وعند محمد لا ولم يحفظ ما عن ابى يوسف وفى الخلاصة فى رواية الحسن عن ابى حنيفة يقبل وقال النسفى فى قبولها عن اصحابنا روايتان واطلق التحليف هنا فى موضعين ولكنه مقيد بما اذا اقر البايع بقيام العيب ولكن انكر قدمه لما سيأتى (قوله لانه) اى لان النكول حجة فى الزام العيب يعنى هنا اذ النكول حجة فى الالزام مطلقا (قوله وقد تكلفوا فى توجيهها ما تكلفوا) وذلك ان عبارتهما دلت بظاهرها ان المشترى اذا قامت على وجود العيب عند البايع يجبر على دفع الثمن وذا فاسد ومن جملة ما وجهوها به ان فيها يقدر شئ هكذا او يقيم المشترى بينة فيستمر عدم الجبر او يقدر فعل عام تدخل تحته الغايتان اعنى الحلف واقامة البينة هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم اى حكم الاجبار وحكم عدم الاجبار بان يحلف او يقيم البينة او يأول لم يجبر بينتظر فان الانتظار يستلزم عدم الاجبار فيكون من قبيل ذكر اللازم وارادة الملزوم وانت خبير بان كلا من هذه التوجيهات توجيه بمجرد لمجرد اصلاح العبارة وان توجيه المصنف اوجهها حيث اثبته بتنظير فصيح الكلام ومايقال من ان التوجيه الاول من قبيل علفتها تبنا وماء باردا فمحل تأمل وان ارادة معنى الانتظار من عدم الجبر غير متبادر وضعف التوجيه الثانى غنى عن البيان والعجب من صاحب العناية انه دفع الفساد بان يقول والحق ان الاستشكال انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم انتهى اقول قد عرفت فى فصل كتاب البيع ان الغاية عندنا من قبيل الاشارة على انا لو سلمنا ان مفهومها غير معتبر عندنا فانما هو فى الاستنباط من النصوص واما فى الروايات وكلام المصنفين فالمفهوم معتبر مطلقا تدبر (قوله وهذه فائدة) افادها صاحب كشف الكشاف الخ هذه فائدة قد افادها صاحب الكشاف فى قوله تعالى ومن يستنكف

عن عبادية الآنه حيث فصل عليه قوله تعالى فاما الذين آمنوا الآية واما الذين استنكفوا الآية
وافاد صاحب الكشف هنا ما افاده صاحب الكشاف ثمه وبالجملة ان المقدر في مثل هذا مما دل عليه
من فحوى الكلام فرعايته في كلام المشايخ غير بعيد فلا يقال ان مثل هذا لبس من فنهم فمقتضى دعوى
المشتري العيب حين طلب البايع الثمن اما رد المبيع باقامة البرهان عليه اودفع الثمن بتحليف
البايع فتفصيل الغاية يقتضي تقديرما يدل عليه من فحوى الكلام كما لا يخفى (قوله ادعى اباقا)
اراد بالاباق عيبا يطلع عليه الرجال ويمكن حدوثه وقدمه كالبول في الفراش والاباق والسرقة
والجنون على المختار واما اذا كان العيب ظاهرا كالعور والصمم اوعيبا لا يتوقف الرد على عوده
عند المشتري كولادة الجارية او تولدها من الزنا اوكونها زانية اوالجنون على مختار الفقيه
ابي الليث لا يكلف المشتري باثبات عوده عند نفسه بل يحلف البايع ابتداء عند عدم
البرهان على وجوده عند البايع والتفصيل ههنا في المنبع والبدايع (قوله عنده) اى المدعى
هذا التفسير في محزه لوكان عنده من المتن كما هو الظاهر ولما سيجيء من ان حلف البايع بعدم
الاباق على الاطلاق فلا يناسب كونه من الشرح وقيدا لقوله لم يأبق فمن ظن انه من الشرح
وقال الصواب المدعى عليه لم يصب (قوله لان القول) وان كان قول البايع لكونه منكرا لكن
انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري لان السلامة اصل والعيب عارض كذا في العناية
(قوله ثم اذا اثبته حلف) قيل هذا حشو لاطائل تحته لان قوله لم يحلف البايع حتى يثبت انه ابق
عنده يغني غناءه اقول لا مجال لان يكون حشوا لانه ان كان حشوا يكون بمتعلقه وهو قوله بالله
ما ابق قط الخ لانه حال من فاعل حلف او بدونه لا سبيل الى الاول وهو ظاهر ولا الى الثاني
لانه لا يتعلق بالتحليف المنفي فلا بد له من ذكره مثبتا كما لا يخفى (قوله مع انه فعل الغير) اى ان
الاباق فعل الغير وهو العبد (قوله لان البايع تدعى تسليم المبيع سليما الخ) يريد به ان التحليف
في الحقيقة هنا استحلاف على فعل نفسه وهو تسليم المبيع سليما ومافيما ضمن عبارة عن تسليم
المبيع سليما يعني الاستحلاف يرجع الى ذلك التسليم دلالة (قوله بالله ما ابق قط) وهذا باطلاقه
شامل انه ما ابق عند البايع ولا عند بايع بايعه الى ان ينتهي لان كلمة قط لعموم السلب في الماضي
فان العيب لو وجد عند بايع بايعه يرده المشتري كما في القنية والبزازية كما في البحر ولكن يرد
على هذا الاطلاق انه يشمل ما لو ابق عند الغاصب اذا لم يعلم منزل مولاه اولم يقدر على
الرجوع اليه وقدسبق انه لبس بعيب ففيه ترك النظر للبايع كذا قيل اقول قدسبق ان الهارب
من الظلم لا يسمى ابقا بل هاربا وانه لبس بعيب واباقه عن الغاصب لبس الاهاربا من الظلم فيكون
هاربا لا آبقا فلا يشمله الاطلاق تدبر وايضا اورد على هذا الاطلاق شارح مختصر الوقاية
القهستاني بان التحليف بانه لم يأبق في الازمنة الماضية لا في يده ولا في يد غيره حكم لبس له نظير
قريب من انه تكليف بما لا يطاق بل المعنى باع العبد وسلمه حال كونه غير حادث الاباق عند
البايع الى وقت التسليم اقول ومن الله التوفيق ان التحقيق فيه انه لو كانت دعوى المشتري
بانه ابق عند البايع فالتحليف على البتات ويحلف بانه لقد سلمه وما ابق عنده وان كانت دعواه
بانه ابق عند غيره فالتحليف على عدم العلم به ويحلف على عدم العلم به ويحلف بانه باعه
وسلمه وما علم انه قد ابق قط واذا كانت دعواه على الاطلاق يحلف بانه لقد سلمه وما ابق
عنده وما علم انه قد ابق قط واما تحليف البايع على البتات في دعواه انه ابق عند غيره فلم
يناسب بل لا يجوز لان البايع لم يعلم عدم اباقه عند الغير فكيف تحلف انه لم يأبق اصلا

وماصرح به ارباب المتون واصحاب الشروح من التحليف في دعوى الاباق على البتات بناء على تصويرهم المسئلة بان يكون دعوى المشتري باباقه عند البايع كما هي الاكثر ولم يتعرضوا لكون الدعوى في انه ابق عند غيره نفيا واثباتا وذا لاينافي تحليفه بعدم العلم به في تلك الدعوى كما هو الظاهر وقد تعرض له في المحيط البرهاني ونقل عنه بحسن القبول صاحب القنية والحاوي وعبارته هكذا اشترى عبدا فابق ثم وجده ولم يأبق عند بايعه بل ابق عند بايع بايعه فله الرد انتهى فالظاهر ان التحليف فيه على عدم العلم لا على البتات فظهر ان ما شمله صاحب البحر ليس كما ينبغي تدبر وايضا اورد على هذا الاطلاق شارح النقاية القهستاني بان التحليف بانه لم يأبق في الازمنة الماضية لا في يده ولا في يد غيره حكم لم يتن له نظير قريب من تكليف ما لا يطاق بل المعنى باع العبد وسلمه حال كونه غير حادث الاباق عند البايع الى وقت التسليم اقول ومن الله التوفيق قد سبق ان التحقيق في دعوى الاباق ان البايع يحلف على فعل نفسه وهو تسليم المبيع سليما ولذلك يحلف على البتات وقد علم يقينا انه لم يأبق عند نفسه الى وقت التسليم واباقه عند غيره لم يسمعه من احد سوى المدعي لو ادعى به والاصل عدم الاباق كما هو الظاهر فيمينه مطلقا على البتات صحيحة تغليبا او بناء على ظنه وهو فيها بار اذ ليس في وجود اباقه في الازمنة الماضية ما يورث العلم بل الظن بل الشك حتى يمنع ايمينه والاحكام الشرعية مبنية على الظن او اليقين فالتحليف بانه لم يأبق في الازمنة الماضية لا في يده ولا في غيره فلا يكون من قبيل تكليف ما لا يطاق كما ظن فظهر وجه ما اتفق الفقهاء من ان التحليف في دعوى الاباق على البتات ولم يتعرض احد منهم انه لو كان الدعوى متضمنة لدعوى اباقه عند غير البايع يحلف بعدم العلم به لا بالبتات تدبر (قوله ومالهحق الرد عليك من دعواه) هذا تحليف على الحاصل بالسبب قال الامام فخر الاسلام ان الاحوط والانظر لهما ان يحلف على الحاصل وكذا في سائر الدعاوى وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله ذكره الامام الحصيري وهكذا في الذخيرة وجه كونه انظر واحوط ان كلا من المحلف به الاول والثالث يكون فيه ترك النظر للبايع لانه يجوز ان العيب قد كان الا ان المشتري رضي به او ابرأه عنه بخلاف التحليف على الحاصل بالسبب كذا في تنوير تلخيص الجامع الكبير (قوله وقد كان ابق عند غيره) اطلقه فشمل اباقه عند بايع البايع وموروثه وواهبه والمودع والمستأجر والمستعير والغاصب لا الى منزل مولاه مع القدرة على الرجوع اليه فالاباق في كل من هذه الصور عيب كما في الشروح (قوله واختلفوا على قول الامام) كون المسئلة خلافية بينه وبينهما ذكر في النوادر وهو اختيار الطحاوي ومن المشايخ من قال يستحلف بلا خلاف بينهم كابي بكر بن حامد ذكره ابو المعين النسفي (قوله وله على ما قال البعض) من انه لا يحلف عنده قال في الكافي هو الاصح ورجح ابن الهمام قول من قال انه يحلف عنده ايضا بانه لا فرق بين دعوى العيب ودعوى الدين في ان كلا منهما عارض فمن ادعى باحدهما يلزم الجواب على المدعى عليه من غير اشتراط الاثبات ورده ابن النجيم وكذا المقدسي بما في معراج الدراية من الفرق بينهما وهو لو شرط اثبات الدين لم يتوصل المدعي الى احياء حقه لانه ربما تعذرت عليه بخلاف العيب فانه مما يعرف بآثار تعين او بقول الاطباء او القابلة (قوله في قدر المبيع) قيد به لانه لو كان اختلافهما بعد القبض في اصل المبيع بان جاء المشتري ليرده بخيار العيب فقال البايع ليس هو المبيع فالقول للبايع كما في العمادية اطلق القدر فشمل قدرا من حيث الذات والعدد

فالقول للمشترى فى كل منهما بخلاف القدر من حيث الطول والعرض فالقول فيه للبائع وتمامه فى الظهيرية من فصل الاختلافات من البيوع (قوله جرنفع تخصيص الثمن) اى جعل الثمن حصه حصة من حصص الشئ اذا جعله حصته حصة قال فى الفتح ومن اشترى جارية اوغيرها من الاعيان وتقابضا فقبض البايع الثمن والمشترى الجارية فوجد بها المشترى عيبا فجاء ليردها فاعترف البايع بما يوجب الرد الا انه قال بعتك هذه واخرى معها وانما تستحق على رد حصته هذه فقط لا كل الثمن وقال المشترى بعتنيها وحدها فارد د جميع الثمن ولا بينة لاحد فالقول قول المشترى انتهى فظهر ان من زعم ان التخصيص بالخاء المعجمة وصور المسئلة عليه لم يصب ولم يوافق تصويره قول المصنف بعد التقابض كما لا يخفى (قوله ولهذا قال) اى المصور فى تصوير المسئلة وجهه ان احد المبيع المتعدد المقبوض اذا رد بخيار العيب يسترد حصته من الثمن (قوله فالقول للمشترى) اى مع اليمين واذا اقام المشترى بينة على ما ادعاه مع قبول قوله تقبل لان البينة تقبل لاسقاط اليمين عن القابض كالمودع يدعى الرد اوالهلاك ويبرهن يقبل وان كان القول له كذا فى الذخيرة من باب الصرف (قوله كما فى الغصب) اى اذا ادعى المغصوب منه انه غصبه هذا مع آخر فانكر الغاصب فالقول قوله (قوله اشترى عبدين) اراد بهما شيئين افرد احدهما بالانتفاع واما اذا لم يكن كذلك او عادة كزوجى الخف ومصراعى الباب فليس له ان يرد المعيب خاصة ولو قبضهما بل يردهما او يمسكهما لانهما فى المعنى كشئ واحد كما فى المبسوط وذكر فى الفوائد الظهيرية وايضاح الكرمانى انه لو اشترى ثورين الف احدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب وحده ولو قبضهما (قوله رد المعيب فقط) اى بحصته من الثمن من غير معيب لانه داخل فى البيع سليما عن العيب ذكره فى شرح الطحاوى (قوله قيل هذا اذا كان فى وعاء واحد) قال به الفقيه ابو جعفر وكان يفتى به ويزعم انه رواية عن اصحابنا ذكره فى الذخيرة وما عليه اطلاق المتن مختار الامام السرخسى وقد قال الفقيه ابو الليث ان تأويله انما يصح على قول محمد واحدى الروايتين عن ابى يوسف لا على قول ابى حنيفة وقال ابن الهمام هذا اذا كان المعيب من جنس كالبحيرى والباقى من جنس كالصعيدى اما اذا كان الكل من جنس واحد فيرد الكل او يأخذه (قوله واما اذا كان قبل القبض) اى اذا كان استحقاق البعض قبله هذا يقتضى ان يقدم قوله بعد القبض على قوله لم يخير كما هو الظاهر (قوله وفى الثوب) اراد به القيمى فيشمل العبد والدار كما فى النهاية وينبغى ان يكون الارض كالدار كما فى البحر ولو استحق بناء الدار قبل القبض يخير المشترى بين اخذ العرصة بحصتها من الثمن او تركها وبعد القبض يأخذ العرصة بحصتها منه ولا خيار والشجر كالبناء ولو احترقا او قلعهما ظالم قبل القبض اخذ العرصة او الارض بجميع الثمن او ترك ولا يأخذها بالحصة بخلاف الاستحقاق كما فى جامع الفصولين (قوله اشترى جارية ولم يبرأ من عيوبها) هذه المسئلة قد سبقت فى اول الباب مع نوع تفصيل ثم لم يذكرها هنا فهى تكرار محض (قوله اما اذا قضى على البايع بالرد) اقول تصوير القضاء بالرد عليه ينبغى ان يكون هكذا نصب القاضى وكيلا مسخرا على الغائب فسمع دعوى مدعى العيب فاثبت المشترى الشراء والعيب وطلب الوكيل التحليف بانه ما رضى به او ابرأه عنه فحلف فقضى القاضى بالرد على البايع ثم وضعه عند الوكيل المسخر لو عدلا او عند غيره ويدل عليه ما سبق من الخانية فى خيار الشرط من ان القاضى ينصب خصما عمن عليه الخيار ليرده عليه (قوله مداواة المعيب) مبتدأ خبره رضا والاصل فيه ان المشترى اذا تصرف فى المبيع بعد العلم

بالعيب تصرف الملاك بطل حقه فى الرد لانه دليل الرضا بالعيب وذلك كالمداواة الخ اطلق
المداواة ولكن المراد مداواة عيب وجده المشترى فيه اما مداواة عيب قد برئ منه البايع
فانه لايمنع رده كما فى الولوالجية (قوله واستخدامه) اطلقه فشمل انه لواستخدمه بعد العلم بالعيب
ولو مرة سقط الرد لان الاستخدام للاختبار لم يشرع لاجله خيار العيب بخلاف خيار الشرط
كما فى الفتح وذكر فى المبسوط ان الاستخدام بعد العلم بالعيب لايكون رضا استحسانا لان الناس
يتوسعون فيه ونقل فى البزازية عن السرخسى الصحيح الاستخدام رضا بالعيب فى المرة الثانية
الا اذا كان فى نوع آخر وعليه كلام الكافى وجهه ان الاستخدام مرة لايختص بالملك
كما فى الذخيرة وفى الصغرى الاستخدام مرة واحدة لايكون رضا الا اذا كان على كره من
العبد بان يكون ماامره به فوق العادة فذلك يكون رضا كما فى الذخيرة (قوله ولو كان ركوبه
للرد لايكون رضا) ولوركبه ليرده فعجز عن الدابة فركبه جائيا فله الرد كما فى جامع الفصولين
وكلام صاحب الخلاصة على ان الركوب للرد لم يكن رضا اذا لم يجد بدا من الركوب حتى لووجد
بدا منه يكون رضا واختاره فى الذخيرة (قوله واذا عدم الضرورة) بان لم يكن المشترى عاجزا عن
المشى و يساق ذلك اويقاد وكان العلف فى العدلين وركب عليها يكون رضا كما فى الخانية
(قوله قطع المقبوض) قيد بالقبض لانه لوقطع عند البايع اوجلد للزنا عنده فمات عند المشترى
به رجع بالنقص عند ابى حنيفة ايضا كما لو باعه مريضا فمات عنده كما فى المقدسى (قوله بسبب
كان عند البايع) وهوسرقة اوقتل نفس اوردة اوقطع طريق (قوله واخذ ثمنيهما) اى ثمن
المقطوع والمقتول ماقاله المصنف مافى عامة شروح الجامع الصغير و بعض روايات المبسوط
واما فى جامع التمرتاشى و رواية عن المبسوط وفى شرح الطحاوى للاسبيجابى انه لوقطعت يده
بعد القبض الى آخر الصورة ان شاء رضى بالعبد الاقطع و رجع بنصف الثمن وان شاء رده
ورجع بجميع الثمن كما فى الفتح ولومات العبد ولو حتف انفه قبل الرد لايرجع الا بنصف الثمن
عنده و بالنقصان عندهما كما فى المقدسى (قوله ولم يعلم به) لاعند الشراء ولاعند القبض اما
وعلم به عند احدهما كان رضا ولايرجع بشئ (قوله فيضاف الوجوب الى السبب السابق)
فينتقض قبضه كما لو استحقه يستحق اوهلك فى يد البايع كما فى المنبع اقول ومن الله التوفيق
ان قولهما هو الراجح فى صورة القطع وقوله هو الراجح فى صورة القتل لان القطع لم ينافى المالية
وهو الظاهر والقتل ينافيها لان مستحق القتل لاقيمة له اذ القيمة عبارة عن الغرة وغرة الاشياء
باعتبار نموها وادخارها لاقامة المصالح ومتى يستحق العبد القتل يفوت القيمة كما لايخفى (قوله
باع بشرط البراءة) اى براءة البايع عن الدعوى والرد عليه من كل عيب فى المبيع حيوانا كان
اوغيره كما فى المنبع (قوله ويدخل فيه) اى فى هذا الابراء الظاهر ان يقال فى هذه البراءة وتذكير
الضمير لعدم اعتداد تاء المصدر وايضا يدخل فى البراءة ماعلمه البايع ومالم يعلمه وماوقف عليه
المشترى ومالم يقف عليه وسواء سمى جنس العيوب اولم يسمه اشار اليه اولم يشر كما فى المنبع
ولكن اجمعوا على انه لوقال من كل عيب به لايبرأ عن الحادث لانه لماقال به اقتصر على الموجود
وكذا اذا خص ضربا من العيوب صح التحقيق كما فى الذخيرة وشرح الطحاوى (قوله فوجد
زيد به عيبا) اى عيبا يحدث مثله وهو المراد (قوله لظهور انه لايخلو) ولكون الاخبار بنفى كل
عيب اخبارا بماهو مجهول لانه مما لايوقف عليه فتيقن القاضى الخ (قوله لاحاطة العلم به)
ولم نتيقن بكذبه فيما اقر به لجواز ان يحدث العور اوالشلل بعد اقراره (قوله بان قال) اى زيد حين

ساومه بشرابس به اى بالغلام اصبع زائدة ثم وجد به اصبعا زائدة واراد رده بهذا العيب على بكر البايع واقام البايع بينة انه قال للسائم اشتره فانه لبس به اصبع زائدة كان لزيد المشترى ان يرده على البايع لانا نتيقن بكونه كاذبا ولا حكم للاقرار الكاذب بيقين كما فى تنوير تلخيص الجامع الكبير (قوله لان الموجود من البايع الثانى السكوت) وذلك انما يدل على رضاه به لا اقراره به و بينهما فرق وذلك لان الرضاء بعيب اخبر به البايع الاول لا يدل على ثبوت العيب فلا يكون حجة على المشترى الاول بخلاف اقراره به لان اقرار الانسان حجة فى حقه كما فى تنوير تلخيص الجامع (قوله ولم يوجد) بل الموجود فيه ان المشترى كانه اعتقه مجانا اودبره اواستولده وفى الكل رجع بنقصان العيب وقد سبق فكذا فى هذا (قوله لان الامين لا ينتصب خصما) اراد بالامين هنا اعم من الامام وامينه لان الامام فى الحقيقة امين الغنائم و وجه عدم انتصاب كل منهما خصما فى ذلك لان بيع الغنيمة منهما حكم والحاكم لا يصلح خصما فيما حكم به والتفصيل فى التنوير (قوله بل الامام ينصب له خصما) اطلق الخصم فشمل انه ينصب اما ما ذلك الامين الذى باعها اوغيره (قوله ولا يحلف) اى الخصم لان فائدته النكول وهو اقرار تقديرا ولواقر بالعيب صريحا لم يعتبر بل ينعزل باقراره عن كونه خصما فى دعوى الرد بالعيب فلا يرد عليه (قوله ان اى نقص الثمن الآخر) اى الثانى (قوله من اربعة الاخماس) التى هى حق الغانمين يعطى من بيت مال الخراج الذى هو حق الغانمين وان كان من الخمس الذى هو حق الفقير يعطى من بيت مال الزكوة هو حق الفقير ومثل ذلك اذا كان المبيع من الغنيمة حرا اومستحقا فان كان من الاربعة الاخماس يعطى العوض من بيت مال الخراج وان كان من الخمس يعطى من بيت مال الزكوة

﴿باب البيع الفاسد﴾ لما فرغ من بيان البيع الصحيح بنوعيه اللازم وغير اللازم شرع فى بيان البيع الفاسد تحقيقا للمقابلة وهذا القدر يكفى فى تلقيب هذا الباب بالبيع الفاسد وايضا يوجد معنى الفساد فى جميع ما فى هذا الباب اذ الفاسد فائت الوصف والباطل فائت الاصل والوصف والمكروه فائت وصف الكمال والموقوف فائت لزوم الوصف فيكون فائت الوصف موجودا فى الجميع فنسبة الباطل الى الفاسد كنسبة الانسان الى الحيوان فالفاسد اعم من الباطل فلهذا احسن التلقيب به وهذان الوجهان اوجه من توجيه المص كما لا يخفى (قوله والباطل مالا يصح اصلا ووصفا) اقول المذكور فى عامة كتب الاصول ان الباطل هو الذى لم يكن مشروعا لا باصله ولا بوصفه والفاسد ما كان مشروعا باصله لا بوصفه بمعنى انه لو خلى الاصل عن الوصف لكان مشروعا واتصافه بالوصف المنهى عنه منعه عنه والاصل راجح على الوصف ولذلك لم يوجب فساده فبقى المنهى عنه مشروعا باصله و به يختلف الحكم بين الفاسد والباطل فظهر ان المراد بالمشروعية الجواز والصحة ومن سلب صحة الاصل ومشروعيته باتصال وصفه الغير المشروع فلا يجوز فرقا بين الفاسد والباطل وذا لبس بمذهبنا تدبر (قوله بطل بيع مالبس بمال) قدم بيان البيع الباطل على الفاسد بناء على انه اقل والعرب ابدا تقدم فى الذكر الاقل من كل مقترنين ومن ذلك التغليب فى القمرين والعمرين صرح به ابن عطية فى تفسير قوله تعالى لا يغادر صغيرة ولا كبيرة الا احصاها وعلى ان بطلان البيع غاية فى كونه خلاف اصل اذ الاصل فى البيع الصحة والنفس تتشوق الى ذكر خلاف الاصل (قوله كالدم) اى الدم المسفوح اما بيع الكبد والطحال فانه جائز وصورة الريح مثلا رجل ملاء القربة بالريح وسدفها فباعه فالبيع باطل (قوله والحر) اطلقه وهكذا وقع الاطلاق فى عامة الكتب ولكن

ذكر في منية المفتي والفتاوى الصغرى اذا باع الحربي ولده من مسلم في دار الحرب عن الامام انه يجوز ولايجبر على الرد وعن ابي يوسف انه يجبر على الرد اذا خاصم الحربي اما اذا دخل دارنا بامان مع ولده فباع الولد لايجوز في الروايات كلها (قوله والميتة) اراد بها ماسوى السمك والجرادة وقوله الميتة مشددة صفة الميتة المخففة يراد بالثانية الصفة كما يراد بالاولى الاسم وقوله اى الميتة التي ماتت تفسير لكلتيهما واشارة الى ان المراد بالثانية الصفة واللام فيها للموصول وقوله حتف انفها معمول الصفة والموقوذة اى المضروبة بالخشبة حتى ماتت (قوله ومنه حق التعلى) وهو متعلق بهواء الساحة وهوليس بمال غير ان لصاحب العلوحق المقام على سقف السفل كذا في الفصول العمادية (قوله وهي حبل الحبلة) بفتح الحاء والباء وقد تسكن نتاج النتاج وهو يعم الدواب والناس كما في تلخيص النهاية وذكر في المبسوط والبدايع الحبلة بكسر الباء هي الحبلى وفي الصحاح كسر الباء خطاء والمراد ماسيولد والآن لبست بحامل له (قوله وبيع امة الخ) الظاهر انه معطوف على قوله بيع ماليس بمال وعطف قوله ومتروك التسمية على قوله امة وانما افردهما بالذكر مع ان الاول من قبيل بيع المعدوم والثاني من قبيل بيع الميتة لان المشار اليه في قول العاقد بعت هذه الامة مال موجود وانما المعدوم المسمى والاعتبار في مختلف الجنس الى التسمية لا الاشارة وبه يعد من قبيل المعدوم لا مطلقا ولان كون متروك التسمية ميتة مجتهد فيه فباعتبار مال وباعتبار ليس بمال فناسب الافراد عن بين المتفق عليه على ان العقد باذنها امة مع انه عبد صحيح عند زفر ولكن المشترى يتخير وهكذا في صورة العكس فظهر انه مختلف فيه ايضا فناسب الافراد ايضا واشار بهذه المسئلة الى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان كما قال به اهل الحق وهو الحق خلافا للفلاسفة لان اختلاف الحقايق يعرف باختلاف الخواص لاباصل المادة فالاعتبار الى اصل المادة يقتضي كون الفرس والانسان جنسا واحدا لاتحاد مادتهما وهي الطبيعة كما في المنبع والى ان بيع البهيمة على انه ذكر وهي انثى او بالعكس يصح اتفاقا لكن المشترى بالخيار لفوات الوصف المرغوب فيه كما في البرجندي وغيره (قوله انه امة) لو انث الضمير باعتبار الخبر كما فعل في عكسه لكان احسن لان كلا من التذكير والتأنيث باعتبار الخبر مستفيض من غير فرق وعليه قول ابن الحاجب في الكافية المبني وهي المضمرات الخ (قوله والتقوم انمايثبت باباحة الانتفاع به شرعا) كالمنفعة بالسكنى اوالاستخدام وعدم كون حبة مالا صرح به خواهر زاده ايضا كما في الكشف الكبير (قوله فان قيل ينبغي الخ) وجه ورود هذا السؤال مع جوابه ان بيع متروك التسمية عامدا لما عد من البيوع الباطلة مع ان الشافعي قد جوزه ولم يعده من قبيل الفاسد فضلا عن الباطل وكان يرى انه من قبيل مجتهد فيه فمن شانه تنفيذ البيع فيه بقضاء القاضي اراد في جوابه بيان ان ماذهبه الشافعي خطاء محض لما انه اجتهاد في مقابلة النص وذا لا يقبل التنفيذ اصلا والمسئلة يجئ تفصيلها في كتاب القضاء (قوله ولامساغ للاجتهاد) وفي بعض النسخ ولامتناع الاجتهاد وهو تحريف بين كما لايخفى (قوله والمدبر) اراد به المدبر المطلق لا المقيد فان بيعه يصح بالاتفاق (قوله جائز) كامر باطل كامر في اوائل كتاب البيع (قوله لانه) اى الثمن لايفيد الحكم اى الانعقاد في طرف المبيع الخ وقوله وكذا التبع بفتح التاء الفوقانية اراد به الثمن وقوله فاذا لم يوجد ذلك اى تملك مال آخر لايثبت اى الثمن في الذمة فلا يثبت فيه الملك اى في الثمن (قوله وان قوبلت بعين) اراد بالعين ما يقابل الثمن خلقة

وهو ما يتعين بالتعيين فيدخل فيه ما يكال ويعد ويوزن ماعدا الموزون الثمن الخلقي فبيع غير متقوم بواحد منها فاسد لا باطل كبيعه بالثوب لانها تتعين بالاشارة في البيع بخلاف الثمن الخلقي فانه لا يتعين فيه ولو اشير اليه صرح به صاحب التشنيف في قاعدة كلية ذكرها في صدر كتاب البيع ومن هذا يظهر حسن تبديل عبارة الهداية الدين بالثمن فان المكيل والمعدود والموزون مما يقبل كونه دينا في الذمة فيوهم ان بيع نحو الخمر بواحد منها باطل كبيعه بالثمن وليس كذلك وحسن مصلحة التقابل بين الدين والعين بعد السلامة عن ايهام خلاف المقصود كما لا يخفى واراد تقابلهما بعين معين حتى لو كان العين غير معين فالعقد باطل كما في شرح الرشيدي لاصول فخر الاسلام (قوله وبطل ايضا بيع قن ضم الى حر) اي بان جمعهما في ايجاب واحد ولم يكرر الايجاب وقد شرط في قبول العقد في كل منهما قبول عقد في الآخر وفي الحقايق الجمع بين العبد ومعتق البعض كالجمع بين العبد والحر لان كتابة معتق البعض لا يقبل الفسخ وان عجز عن السعاية انتهى (قوله وان سمى ثمن كل) هذا بناء على قول ابي حنيفة واما عندهما فلو سمى ثمن كل منهما جاز البيع في القن والذكية كما هو المذكور في الهداية ولكن النسفي حكى عن ابي يوسف روايتين في رواية يوافق امامه وفي رواية يوافق محمدا و بطلان البيع في القن مع الحر والميتة مع الذكية مذكور في الهداية ايضا والمذكور في المبسوط ومنظومة النسفي فساده وانت خبير بانه لاشك ان لفظ الفساد مستعار عن البطلان في حق الحر والميتة كما في المنبع اقول ينبغي ان يكون العقد فاسدا في حق القن والذكية اذا سمى ثمن كل وعليه كلام الامام السرخسي في اصول الفقه حيث قال لم ينعقد العقد صحيحا و المتبادر مقابلة الصحيح بالفاسد لا الباطل اذ لو كان المراد بنفي الصحة البطلان لقال لم ينعقد في القن اصلا تدبر (قوله لقبول المبيع) اي لقبول المال المبيع وقوله فمبطل للبيع خبر مبتدأ وهو جعل غير المال وجهه ان البيع يبطل بالشرط الفاسد ولم يذكر وجه قولهما في صحة العقد عند تسمية ثمن كل وحقيقة الكلام فيه يرجع الى الخلاف في تعدد الصفقة واتحادها فعند ابي حنيفة انما يتعدد بتكرر لفظ البيع وتفصيل الثمن وعندهما يتعدد بتفصيل الثمن صرح به في المنبع مفصلا وقد سبق ان الفتوى على قولهما فيظهر منه ان المصنف ترك القول المفتى به كما لا يخفى (قوله وصح بيع قن ضم الى مدبر الخ) اطلقه فشمل انه سمى لكل واحد ثمنا او لم يسم لان هذا بيع بالحصة بقاء وقوله او قن غيره عطف على قوله مدبر وقوله وملك عطف على قوله قن في بيع قن ففي قن نفسه وملك نفسه صح البيع لانه بيع بحصة من الثمن بقاء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيهما ايضا كما في المنبع وكون الوقف من قبيل المدبر هو الصحيح كما في الكافي راشار بكونه صحيحا ان عدم الصحة في الملك رواية وهو قول زفر ايضا وقد افتى به شيخ مشايخ الاسلام في ديار الروم المولى ابو السعود جامع اشتات العلوم عليه رحمة ربه الودود واعترض عليه القاضي بعساكر اناطولي الشهير بمعلول امير بانه مخالف للصحيح والمنقول الصريح وتبعه جمع من الموالي منهم ابن العربي والقاضي پرويز وغيرهم وكتب فيه رسائل منها ما كتبه المقدسي حيث اطنب الكلام في رد فتواه و بعضهم وافقوا المفتي وابن نجيم من جملة الموافقين في الافتاء ولكن صرح بالايراد والاعتراض عليه في شرحه البحر الرائق ومحصل ما تمسك به واسند اليه المفتي انه فرق بين وقف حكم بصحته ولزومه ووقف لم يحكم بذلك فالاول من قبيل الحر فيسري الفساد للملك المضموم والثاني من قبيل المدبر في كونه مجتهدا فيه وما في الكافي محمول على الثاني اقول يرد

هذا الفرق حقا لان المدبر كالم يخرج عن الرق بالكلية وبذلك كان محل البيع فيدخل ابتداء كذلك كان لوقف الغير المسجل لم يخرج عن الملكية لانه مختلف فيه فى المذهب بخلاف المسجل فانه لم يبق فيه الملكية اصلا فيكون كالحر ومعظم مااعترضوا عليه ما فى الخانية وغيرها ان الوقف يقبل البيع اما بشرط الاستبدال وهو صحيح على قول ابى يوسف المفتى به او بضعف غلته كما هو قولهما او بورود الغصب عليه ولا يمكن انتزاعه فللناظر بيعه او بقضاء قاض حنبلى ببيعه فان عنده يجوز بيع الوقف ويشترى ببدله ماهو خير منه فكيف يجعل الوقف كالحر مع وجود هذه الاسباب المجوزة لبيعه اقول ومن الله التوفيق قد عرفت ان مافرق به المفتى حسن وما ابتنى عليه من الجواب احسن ولله دره فالايراد الاول مدفوع بان يقال الاصل فى الوقف عدم جواز البيع فجوازه هنا ناش من شرط الواقف الاستبدال فى طلب الوقف فشرطه كالنص فيعمل به والثانى مدفوع بان جواز بيعه فى ذلك لضرورة خوف الهلاك بالكلية والثالث مدفوع بانه لورفع الى حنفى قضاء حنبلى انما يحكم بمقتضى مذهبه اذ الحكام فى زماننا مقلدون فلا يكون له رأى فيه وقد ولى ليحكم بمذهبه بل بالقول القوى فيه فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم وقد افتى بالمنع شيوخ مشايخ الاسلام فى الدولة العثمانية صونا للمذهب عن الهدم فظهر ان القول ماقاله المفتى كما لا يخفى (قوله ضم الى مدبر) والمكاتب وام الولد كالمدبر كما فى المقدسى بقى ان تقويم المدبر وام الولد باعتبار المضموم اليهما ما هو حتى يتعين حصة المضموم من ثمنهما وقد صرح فى السراج الوهاج هنا ان قيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على الاصح وعليه الفتوى انتهى قد تقدم فى بابه ان قيمته نصف قيمته لو كان قنا وبه يفتى وان قيمة ام الولد ثلث قيمتها قنة والافتاء بالنصف منقول فى الفتاوى الصغرى وصرح به فى البيانية والفتح هنا اقول اذا صحح فى المسئلة قولان فالقاضى والمفتى بالخيار فى العمل بايهما شاء (قوله وبيع لا يجيز له الخ) عطف على قوله بيع قن ضم الى حر فيكون من مسائل البيع الباطل كما هو الظاهر ولكن فى هذا العطف نوع تعقيد لان قوله وصح بيع قن الخ من المتن لا محالة وهو معطوف على بطل المقدر فى وبيع قن ولما وقع الفصل به لزم ان يصرح بذكر العامل لدفع احتمال ان يعطف على الاقرب مع انه غير جائز هذا وكثيرا ما يوجد فى عبارته حزازة عند الحاذق المسائل لا يخفى على من تدبر (قوله وحكمه) اى حكم البيع الباطل الخ وذكر حكم آخر له فى الفتوى الصغرى وهو انه اذا اختلفا فى الصحة والبطلان فالقول لمن يدعى البطلان لانه منكر للعقد واذا اختلفا فى الصحة والفساد فالمختار ان القول لمن يدعى الصحة انتهى (قوله لم يضمن لان المقبوض امانة عنده) وهذا رواية الحسن عن ابى حنيفة واختارها احمد الطواويسى وعند بعض المشايخ كشمس الائمة السرخسى وغيره الضمان بالمثل او بالقيمة وقيل الاول قوله والثانى قولهما كما فى الفتح (قوله وهو ان يسمى الثمن) سواء كان من جهة البايع اومن جهة المشترى وقد سبق تحقيقه فى باب خيار الشرط وقوله نص عليه اى على حكم المقبوض على سوم الشراء ذلك (قوله وفسد ايضا بيع عرض بالخمر) اراد بالخمر مالا غير متقوم قيد به لان بيع ما سواها من الاشربة المحرمة كالسكر ونقيع الزبيب والمنصف جائز عنده خلافا لهما كما فى البدايع ثم فساد البيع انما هو فى العرض واما فى الخمر فهو باطل حتى لا يملك عين الخمر ولا قيمتها كما فى البرجندى (قوله وفسد بيع سمك لم يصد) صدر عن المشايخ بعنوان لم يجز بيع سمك لم يصد وعدم الجواز يشمل البطلان والفساد وحكم صدر الشريعة

بان بيعه بالثمن المطلق باطل وبالعرض فاسد وظاهر كلام المصنف ان بيعه فاسد فى كلا نوعيه وقد صرح فى القنية نقلا عن سيرسمرقندى بان بيع السمك فى الماء باطل قطعا اقول الظاهر ان بيعه فى نوعى هذه الصورة باطل قطعا الا ان من شان المال ان يتموله احد ويكون تحت قهر يده ولو فى الجملة وسمك لم يصد ليس كذلك فلا يعد بيعه صحيح الاصل وفى صورة اوصيد والقى الخ فاسد قطعا لانه مملوك حينئذ لكن فى تسليمه عسر (قوله واما اذا كان له ولد) هكذا فى النسخ والظاهر وكر كما هو مقتضى قوله يطير منه ثم يرجع اليه ولان وجد ان وكره يكفى ولا حاجة الى ان يكون له ولد عند البايع كما لا يخفى (قوله وبعده) اى بعد الاخذ مملوك الا انه لما ارسله كان غير مقدور التسليم فيكون الفساد فى هذه الصورة بمعناه ثم لو قدر على التسليم لا يعود العقد الى الجواز عند مشايخ بلخ وعلى قول الكرخى يعود وكذا عن الطحاوى وبالاول اخذ جماعة من مشايخنا وقالوا يحتاج الى تجديد عقد وهكذا ذكر شيخ الاسلام كما فى المنبع نقلا عن الذخيرة وغيرها (قوله وفسد ايضا بيع الحمل) اى المحمول فى بطن امه وصرح فى الفتح بان بيعه باطل وهكذا فى المنبع والتشنيف والبرجندى حتى قال ولعله انتفاخ وهذا البيع باطل لانه مشكوك الوجود او معدوم انتهى وفى السراج لو باع الحمل وولدت امه قبل الافتراق وسلم لا يعود صحيحا وكذا هبته وكتابته (قوله للغرر) بفتحتين الخطر وهو ما فيه تردد بين ان يكون و بين ان لا يكون كذا فسره الازهرى فقوله لاحتمال كونه انتفاخا بدل من قوله للغرر (قوله وصوف على ظهر الغنم) وفى السراج لو سلم الصوف واللبن بعد العقد لم يجز ايضا ولا ينقلب صحيحا انتهى (قوله ذكر القطع اولا) لان موضع القطع غير معين فيقع النزاع فلم يبق مقدور التسليم كما فى المنبع (قوله الا بضرر) لم يوجبه العقد والمراد ضرر فى غير المبيع صرح به فى المنبع وضرر لم يوجبه العقد غير مشروع فيفسد بلزومه قال الشيخ جلال الدين وفى الفوائد العقد مشروع والضرر غير مشروع فالعقد الذى فيه ضرر لا يكون مشروعا ولا يلزم المحاباة لانه ليس فيه تفويت باستهلاك المال انتهى (قوله عاد البيع صحيحا) وفى المجتبى اقوال لا يجبر الا ان يرضى او قيل لا بد ان يجدده بيع وقيل ينعقد تعاطيا عند اخذه وقيل ينعقد من الاصل انتهى (قوله وضربه القانص) اى الصائد وقيل بالغين والياء من الغوص فحينئذ هو ما يخرجه الغواص من اللآلى وايهما كان فالبيع فيه باطل لعدم ملك البايع المبيع قبل العقد فكان غررا لجهالة ما يخرج كما فى الفتح (قوله فيتمكن) اى البايع عن الرجوع ولا يرضى به وقوله ويتحقق وقع فى عامة الشروح بالفاء هكذا فيتحقق النزاع فيمتنع التسليم والتسليم فلهذا فسد العقد وقوله وبهذا التقرير وهو قوله اذ لا يمكنه التسليم الا بضرر لم يوجبه العقد الخ (قوله والمزابنة) من الزبن وهو الدفع لان كلا من العاقدين يدفع صاحبه عن حقه بما يزداد منه اولان كلا منهما اذا وقف على غبن يريد فسخه والآخر امضاه (قوله بمجدود) صفة تمر بالدال المهملة لان الجداد بالمهملة يخص النخل وبالمعجمة عام فى قطع الثمار وبالزاى المعجمة اخت الراء المهملة قيل للصوف وقيل للنخل كما فى المقدسى (قوله مثل كيله) حال من الثمر على النخيل والضمير المجرور عائد الى تمر مجدود وقوله خرصا تمييز عن مثل كيله (قوله لزم) اى بلا تأمل ولا روئية ولا خيار عيب بعد ذلك ولكن لابد ان يسبق تراضيهما على الثمن نبه عليه بقوله يتساوم (قوله والحق بهما الثالث بدلالة النص) اقول لا حاجة لهذا الاعتبار بل صورة القاء الحجر منهى عنها صريحا ايضا حيث قال فى المصابيح وعن ابى هريرة رضى الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم

عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر وقال الشيخ زين العرب فى شرحه بيع الحصاة ان يقول المشترى للبايع اذا نبذت اليك الحصاة فقد وجب البيع وفى شرح هو ان يقول بعتك من السلع مايقع عليه حصاتك اذارميت بها اومن الارض الى حيث ينتهى حصاتك وفى شرح هو ان يقول البايع للمشترى اذا نبذت اليك الحصاة فقد وجب البيع بينى وبينك والكل فاسد لانها بيوع الجاهلية وكلها غرر لمافيه من الجهالة انتهى والعلة التى ذكرها فى فساد بيع لبن فى ضرع بقوله للغرر مأخوذ من آخر هذا الحديث صرح به فى الكافى وغيره حتى اورده نفسه ايضا فى فصل صح بيع العقار وقال صاحب منهل المصابيح اعلم ان بيع الملامسة والمنابذة وحبل الحبلة والحصاة وعسب الفحل واشباهها من البيوع التى جاء فيها نصوص داخلة فى الغرر ولكن افردت بالذكر لكونها بيعات الجاهلية المشهورة انتهى (قوله وفسد ايضا بيع الكلاء) اطلقه فشمل كلاء نبت فى ارض مملوكة وغير مملوكة رطبا كان او يابسا الا ان المراد مانبت بنفسه اما لوكان تسقى الارض واعدها للانبات فنبت ففى الذخيرة والمحيط والنوازل يجوز بيعه لانه ملكه ولايجوز لاحد ان يأخذه بغير اذنه وهومختار الصدر الشهيد وقال القدورى لايجوز بيع الكلاء فى ارضه وان ساق الماء اليها ولحصة مؤنة لان الشركة فيه ثابتة بالحديث وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء ليس بحيازة قال ابن الهمام والاكثر على جوازه الان على هذا القائل ان يقول ينبغى ان حافرا لبئر يملك بناءها ويكون بتكلفه الحفر والطى لتحصيل الماء يملك الماء كما يملك الكلاء بتكلفه سوق الماء اليه لينبت فله منع المستسقى وان لم يكن بارض مملوكة له انتهى ومن الله التوفيق اقول ان الماء وديعة الله فى الارض لعباده وهم مشتركون فيه ولم يحصل بسبب حفره حتى يملكه بخلاف الكلاء فانه انما يحصل بسقيه فينبت على ملكه فافترقا ثم اذا احرزه بقطعه جاز حينئذ بيعه لانه بذلك ملكه والكماء كالكلاء لايجوز بيعه قبل ان يقلعه كما فى الشروح (قوله اذا كان محرزا) اى مجموعا محرزا من غير كوارة كما فى المنبع (قوله الامع كوارات فيها العسل) قيده كما هو المذكور فى الهداية والكافى اقول قوله فيها العسل صفة مؤكدة لكوارات لان الكورات معسل النحل وقلما يخلو عن العسل فما ذكر فى بعض المتون من الاطلاق لم يرد به كوارة من غير عسل لان صحة بيعه مشروط به عند ابى حنيفة وابى يوسف صرح به فى المنبع (قوله وقال الكرخى لايجوز) هذا رواية عنه وفى اخرى الجواز وكلتاهما رواية عنه (قوله لان الشئ انما يدخل فى البيع) واجيب عنه بان التبعية لاتنحصر فى الحقوق كالمفاتيح فالعسل تابع للنحل فى الوجود وهو تابع له فى المقصود بالبيع كما فى البحر (قوله ودود القز) اطلقه ولكنه مقيد بان لم يظهر قز فيه اما اذا ظهر جاز البيع عندهما ايضا صرح به فى الشروح (قوله وقيل فيه ايضا معه) اى فى البيض مع ابى حنيفة ايضا الحاصل ان فى البيض روايتين عن ابى يوسف فى رواية المنظومة هو مع ابى حنيفة وفى رواية الايضاح هو مع محمد والمذكور فى الذخيرة مافى الايضاح وهكذا فى واقعات صدر الشهيد حتى قال اختار قولهما (قوله وجاز عند محمد) اى جاز بيع دود القز وبيضه عند محمد قد سقط هذا القول من قلم الناسخ فى عامة نسخ الدرر والغرر ولكن وصلت نسخة غرر مكتوبة من خط المصنف وفيه هكذا فالحقته بهذا المحل (قوله وبه يفتى) هذا القول من المتن وجدته فى نسخة غرر وصلتها اى بالجواز يفتى قال فى الكافى وصح بيع دود القز وبيضه عند محمد وعليه الفتوى وذكر فى البحر ان الفتوى على قول محمد فى بيع دود القز وبيضه وفى بيع النحل وقال فى الذخيرة وقال محمد يجوز بيع دود القز

وان لم يظهر فيه القرن لماقلنا فى النحل قال صدر الشهيد فى واقعاته والفتوى على قول محمد
انتهى اقول قد وقع كثير من المصنف ذكر قول ابى حنيفة فى المتن وذكر القول المفتى به بعده
وهنا كذلك الا انه تركه فى مسئلة النحل لان قول محمد هو المفتى به فيه كما فى البحر وصرح به فى النهر
الفائق لتعامل الناس عليه كالاستصناع (قوله فلو قال عند فلان فبعه منى لم يجز) اى لم ينعقد
ولكنه ينعقد موقوفا حتى لو قبضه ينفذ اذ القدرة على القبض ثابتة فى زعم المشترى فاذا قبضه
تحقق مازعمه فينفذ كما فى البدايع وغيره (قوله لايتم العقد) وقيل يتم والحق فيه ان اختلاف الرواية
والمشايخ بناء على انه باطل او فاسد اذ من المعلوم ان ارتفاع المفسد قبل فسخه يرده صحيحا
لقيام البيع مع الفساد وارتفاع المبطل لايرجعه صحيحا لان البيع لم يكن قائما بصفة البطلان
بل معدوما هذا وتمام تحقيقه فى الفتح فيظهر ان ايراد التمام بصيغة التمريض لايناسب عد
هذا العقد من العقود الفاسدة وان اطلاق الباطل عليه من صاحب الهداية لم يكن محل
تدبر كما ظن (قوله فكذا جزؤها) الاظهر فكذا على جزئها كما فى الشروح ولعل على ساقط
من قلم الناسخ (قوله وهو الحى) اى المحل للرق الحى لان الضدين يتعاقبان على محل واحد
ولا حياة فى اللبن لانه جماد فلم يكن محلا للعتق ولا للرق فلا يكون محلا للبيع حاصله ان قياسه بنفسها
ليس بصحيح (قوله قيد به دفعا الخ) ولان المراد هنا بيان حال ما كان فى اناء لان حكم لبن فى الثدى
علم حاله من حكم لبن فى الضرع وقد تقدم حاله فلا حاجة الى التعرض اليه هنا كما لايخفى واشار
بلبن امرأة فى وعاء الى انه يجوز بيع لبن الانعام فيه قال الامام الربانى محمد بن الحسن الشيبانى
جواز اجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها وجواز بيع لبن الانعام دليل على فساد اجارتها
كما فى البحر الرائق والمقدسى يريد به ان جواز اجارة الظئر ناش من ان لبنها من المنافع لا الاموال
اذ المال لايجوز اجارته الاترى انه لو استأجر بقرة على ان يشرب لبنها لم يجز الاجارة وعلى
هذا فلا يضمن متلفه كما فى النهر الفائق (قوله للخرز ونحوه) كما يستعمل فى طلاء
البيت بالصبغ او الجص وفى اصلاح الكتان ثم هنا واقعة بين الناس ان طلاء البيت ونحوه
بالصبغ او الجص انما يقع بشعر الخنزير كثيرا لما لم يعادله شعر سائر الحيوانات ولو ذنب البغل ثم
لو رش عليه الماء بعد اليبس هل يتنجس ذلك الماء ام لا فمنهم من اجتنب عنه ومنهم من
لم يجتنب عنه قلت كان الظاهر ان الطلاء يطهر باليبس اذ لم يبق فيه اثر الماء المتنجس بمجاورة
الشعر نظيره بئر تنجس ماؤه فغار ثم عاد والصحيح انه طاهر كما سبق فى صدر الكتاب واليبس تأثير
فى الطهارة لما انه من جملة الدباغ هذا (قوله ولا ضرورة فى شرائه لوجوده مباح الاصل)
قال الفقيه ابو الليث لو لم يوجد الا بالشراء جاز شراؤه ولا خفاء فى كراهة بيعه ولا يطيب
ثمنه للبايع كما فى الشروح (قوله افسده عند ابى يوسف) وهو الصحيح كما فى الكافى وماذكر
من جواز صلوة الخرازين مع شعر الخنزير ولو زائدا على الدرهم فمحمول على قول محمد واما
على قول ابى يوسف فلا وهو الوجه كما فى الفتح (قوله وشعر الانسان) وكذا عظمه وعليه
تعميم دليله والاقتصار على ذكر الآدمى والخنزير يشعر على ان باقى الحيوانات يجوز بيعها
وبيع اجزائها ففى بيع القرد روايتان الجواز وعدمه وجه الجواز انه ان لم يكن منتفعا به بذاته
فقد يمكن الانتفاع بجلده والصحيح عدم الجواز لانه انما يشترى للتلهى به وهو حرام فيكون
بيعه بيع الحرام للحرام وذا لايجوز كما فى المنبع واختاره ابن الهمام والمقدسى وابن النجيم
جوازه لانه ينتفع به فى بعض الاشياء وبيع الفيل يجوز بالاجماع لانه حيوان منتفع به شرعا

فكان ما لا واما بيع الخبا ثث من نحو الحية و السلحفات والقنفذ وامثالها فلم يجز بيعها وما فى الفتاوى من جواز بيع الحية ينتفع بها للادوية فهو غير سديد كما فى البدايع (قوله وان كان الثانى) اى وان كان الاختلاف فى مقدار الثمن فهو فى الحقيقة اختلاف فى الثمن اى فى مقداره وماوقع فى النسخ من قوله فى الثمن سهو من الناسخ ومخالف لما فى نسخ الكافى والهداية (قوله والقول للمنكر مع يمينه فان برهن البايع قبل كما فى الشروح (قوله وشراء ماباع مرفوع) عطفا على اول ماوقع مرفوعا وهو وماسكت اوعلى آخرما وقع مرفوعا وهى بيعه بام الرلد كما هو الدأب فى المعطوفات وماوقع من المصنف عطفه على بيع عرض لبس كما ينبغى (قوله وشراء ماباع) اطلقه فشمل شراءه نفسه اووكيله وشراؤه لنفسه اولغيره هذا الاطلاق عندهما وشراء الوكيل بالاقل جائز عند ابى حنيفة ولكن لايطيب الزيادة وقوله بالاقل اى قدرا او وصفا كما لو باعه بالف الى سنة ثم شراه بالف الى سنتين سواء كان ذلك الشراء من نقص سعر اولا اذ لاعبرة بالسعر فى ذلك ذكره فى الخلاصة كما لا عبرة لاختلاف الثمن بالدرهم والدينار لانهما جنس واحد بخلاف العرض فان شراءه بالعرض يجوز ولوكان قيمته اقل من الثمن وقيد الاقل يفيد انه لوشراه بمثل الثمن او باكثره جازه وايضا المراد شراؤه من المشترى اما لوشراه من مشترى مشتريه اوممن وهبه المشترى جاز لاختلاف الاسباب وكذا اذا نقص المبيع جاز شراؤه باقل من الثمن كما فى الشروح (قوله قبل نقد الثمن) قيد به لانه ان وقع هذا الشراء بعد نقد الثمن صح كما فى الشروح (قوله و وقعت المقاصة بين الثمنين بقى له خمسمائة وهو بلا عوض) الواو حالية اى والباقى فضل بلا عوض فكان ربح ما لم يضمن وهو حرام بالنص فيكون العقد فاسدا كما فى البرجندى (قوله ولم يوجد هذا المعنى فى صاحبتها) لان الثمن لما كان منقسما عليهما صح العقد فى الاخرى بحصتها من الثمن ثم فساد العقد فى صورة الضم فى حق الاولى كفساده منفردة الا اذا كان الثمن الثانى مساويا للاول يفسد العقد فى الاولى فى صورة الضم لاقتضاء التقسيم كون الثمن الثانى اقل من الاول فى حقها اشار اليه بقوله اذلابد ان تجعل بعض الثمن بمقابلة التى لم يشترها منه (قوله لانه) اى لان الفساد فى الاولى باعتبار شبهة الربوا فيها حيث عاد اليه كل رأس ماله مع زيادة لبس بازائها ضمان وعوض وشبهة الربوا كحقيقته كما فى الكافى (قوله وهو رواية ابن سماعه) وهو قول عامة المشايخ كما فى الفتح وشرح الوقاية لاسود علاء الدين (قوله ووجه الفرق بين حق المراد على احدى الروايتين الخ) انما احتيج الى الفرق لان كليهما من الحقوق وقد جاز بيع حق المرور وحده فى رواية بخلاف حق التعلى وحق التسييل فان الروايات اتفقت على ان بيعه لايجوز وانما اورد الفرق بينه وبين حق التعلى مع انه غير مذكور هنا والمذكور حق التسييل لكونه نظير حق التعلى فى كونه متعلقا بعين لا تبقى (قوله ولا البيع الى النيروز) اراد به وبما بعده ان تأجيل الثمن الدين الى واحد منها مفسد للعقد لا تأجيل المبيع لان مجرد تأجيله ولو الى اجل معلوم مفسد كما فى الفتح (قوله وهو اول يوم من الربيع) واول من اتخذه جم شاه احد ملوك الطائفة الثانية من الفرس وشاه بمعنى الضيا وسبب اتخاذه ان الدين كان فسد فجدده واظهره فسمى اليوم الذى ملك فيه نوروز اى اليوم الجديد كما فى المقدسى (قوله وهو الخريف) قال فى البدرية والمستصفى المهرجان معرب كان وهو يوم فى طرف الخريف وقيل سمى به لان مهر اسم ملك كان يسير فيهم بالعسف فات ذلك اليوم فقالوا مهرجان اى ذهب روحه كما فى المقدسى

(قوله لان النيروز مختلف الخ) والمهرجان ايضا متعدد مهرجان العامة وهو اليوم السادس من مهرماه القديم ومهرجان الخاصة وهو اليوم الحادى والعشرين منه وقد يسمى اول يوم تكون الشمس فيه فى الميزان مهرجان كما فى البرجندى وفيه ايضا ان النيروز السلطانى وهو اول يوم يكون الشمس فى نصف نهاره فى اول الحمل والنيروز خوارزمشاهى وهو يوم تكون الشمس فى نصف فى الدرجة الثامنة عشر من الحمل ونيروز العامة وهو اول يوم مهرماه القديم ونيروز الخاصة وهو اليوم السادس منه ونيروز المجوس وهو اليوم الذى تدخل فيه الشمس فى الحوت (قوله والى صوم النصارى وفطر اليهود) هكذا فى اكثر المعتبرات قيل وجهه انه يحتمل ان يكون مبدأ صوم اليهود معلوما دون فطرهم وفطر النصارى معلوما دون مبدأ صومهم كما فى سراج الوهاج ان هذا من قبيل الاكتفاء بذكر احدهما فيكون المعنى الى صوم النصارى وفطرهم والى فطر اليهود وصومهم اقول هذا الاكتفاء من المحسنات البديعية المسمى بالاحتباك وهو حذف من الاول بقرينة الثانى ومن الثانى بقرينة الاول وعلى التوجيه الثانى يحمل البيع الى فطر النصارى على البيع اليه قبل الشروع فى صومهم بقرينة قوله بخلاف فطر النصارى الخ (قوله والدياس) من الدوس اصله دواس قلبت الواو ياء لكسرة ما قبلها وهو شدة وطئ الشئ بالقدم اوالقوائم واراد بالطعام الحنطة كما سبق والمراد هنا وطئ ما فيه حب كرة بعد اخرى حتى يصير تبنا فيخرج الحب منه (قوله لان الجهالة اليسيرة) فتحمله فى الكفالة وكذلك فى الحوالة صرح به تلخيص الجامع الكبير والتفصيل فى التنوير واشار بالجهالة اليسيرة الى انه لو كانت الجهالة فاحشة كالكفالة والحوالة الى هبوب الريح ودخول الدار ومجيئ المطر وكلام فلان يلغو الشرط ولا تفسدان لانهما لا تبطلان بالشروط الفاسدة كالنكاح كما فى التنوير (قوله ان اسقط الاجل) اى اسقطه المشترى وهو المراد اذ هو مستبد باسقاطه لانه خالص حقه كما فى القدورى تراضيا وقع وفاقا قيد باسقاط الاجل لانه لو اسقط جهالة الاجل بان اجل باجل معلوم فانه ان كان المعين للاجل المعلوم هو المشترى وحده لا ينقلب صحيحا وان تراضيا على مقدار الاجل المعلوم ينقلب صحيحا كذا افاده صاحب المنح اطلق الاجل ولكن المراد الاجل المعهود من الاجال المذكورة او الاجل المنتظر الوجود كالاوقات المذكورة بخلاف نحو هبوب الريح فانه اذا باع الى وقت هبوب الريح ونحوه ثم اسقط هذا الاجل لا ينقلب العقد جائزا صرح به فى الذخيرة ولو باع مطلقا اى عن ذكر الاجل حتى انعقد صحيحا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات صح والمراد بالصحة لزوم المنع عن مطالبة الثمن قبل الاجل وفى الفصول العمادية الرواية محفوظة انه لو باع مطلقا ثم اجل الثمن الى وقت الحصاد والدياس لا يفسد ويصح الاجل انتهى ولكن قال فى الخانية قال الشيخ الامام هذا البيع فى قول ابى حنيفة يفسد وعن محمد لا يفسد البيع ويصح التأخير لان التأخير بعد البيع تبرع فيقبل التأجيل الى الوقت المجهول الخ اقول الفقهاء رحمهم الله اقول محمد هنا حتى سكت اكثرهم عن قول ابى ح بناء على التفرقة بين كون الاشتراط فى صلب العقد وبين كونه بعد (قوله والجهالة فى الديون) اى جهالة الاجل فى الديون او الجهالة فى تأجيل الديون والمقام قرينة فلا غبار عليه كما لا يخفى (قوله وبشرط لا يقتضيه) العقد اى لا يجب فى العقد بلا شرط ولكن استثنى من هذا الضابط ما ورد الشرع بجوازه كشرط الخيار والاجل وشرط جرى التعامل فيه واهمل عن الاولين بسبق بيانه وعن الثانى لما سيجئ التصريح به فيكون المعنى ولا يصح البيع بشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا ورد الشرع بجوازه ولا هو متعارف وفيه نفع لاحد المتعاقدين او المبيع يستحقه قيد

بنفع لاحدهما اشارة الى انه لوكان لاحدهما مضرة فيه كما لوباع ثوبا بشرط ان لايبيعه ولا يهبه
جاز البيع عند ابى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف وبقوله لاحدهما اشارة الى ان النفع لوكان
لاجنبى كما اذا اشترط على ان يقرض البايع فلانا كذا فالبيع صحيح كما فى الذخيرة معزيا الى صدر
الشهيد قال وذكر القدورى انه يفسد وقيل يصح البيع ولكن يكون له الخيار كما فى البزازية
اقول الضمير المجرور فى له عائد الى البايع على الصورة السابقة ولو كانت الصورة هكذا بعتك
هذا بكذا على ان تقرض فلانا كذا فالخيار للمشترى كما لايخفى هذا اذا لم يقل بالواو واما اذا
قال بالواو ومثل ان يقال بعتك هذا بكذا وعلى ان تقرض فلانا كذا فالبيع جائز ولايكون شرطا
ولايكون فيه خيار (قوله اذا قصد الى قوله فيكون ربوا) مقدمتان ونتيجة وقوله فيكون
ربوا نتيجة اخرى وبانضمامها الى ما قبلها حصل قضية موجبة كلية وهذا قريب
من القياس المركب الموصول النتايج كما لا يخفى (قوله وفيه نفع لاحدهما) الاظهر ان يقال
للمشترى كما قال فى مسئلة شرط الاستخدام للبايع ومن هذا القبيل اشتراط طحن الحنطة وقطع
الثمرة وبناء البايع حوائط المبيع (قوله او ان يحذوه نعلا عدى الحذو الى المفعول الثانى بتضمين
معنى الجعل اذ المراد اشترى اديما على ان يجعله البايع نعلا له والصرم جلد فارسى معرب
وقوله عملها انث ضمير الفعل لانها مؤنث سماعى كما نقل عن المصنف (قوله استحسانا للتعامل
فيه) وفى الخروج عن العادة حرج بين فيعمل بهما بهما امكن فظهر منه ان ماذكره قبل من الفساد
فى اشتراط حذوها جواب القياس واشار بتخصيص ذكر حذو النعل ان خياطة الثوب خلافية
لعدم التعامل وتسمير القبقاب كحذو النعل وكذا او شرى ثوبا خلقا اوخفا خلقا على ان يرقعه
البايع ويخرز ويسلمه للعرف كما فى البزازية (قوله وفيه نفع للبايع) ومن منفعته المفسدة للبيع
شرطه ان يدفع المشترى الثمن لغريم البايع لسقوط مؤنة القضاء ولان الناس يتفاوتون فى الاستيفاء
فمنهم مسامح ومنهم مماكس ومنها ايضا ما لو باع بالف وشرط ان يضمن المشترى عنه الفا
لغريمه كما فى الذخيرة (قوله وانما قال شهرا لما مر ان الخيار الخ) وانت خبير بان كون خيار
الشرط ثلثة ايام قد مر ولكن جواز اشتراط الاستخدام فيها لم يمر بل التأجيل فى المبيع المعين
غير صحيح سواء كان الاجل مجهولا او معلوما صرح به فى عامة الشروح والتقييد بالشهر اشارة
الى ان تأجيل الاستخدام بالاجل المعلوم لوكان مفسدا للعقد ففساده بالمجهول بالطريق الاولى
(قوله او يدبره الخ) الضمير المستتر فيه للمشترى وفى المعطوف عليه للبايع ومثل ذلك لايعد
من تفكيك الضمائر لان المقام يعين المرجع على ان المرجع فى الحقيقة احدهما والفعل يعين
كونه بايعا ومشتريا ولم يذكر اعتاقه اكتفاء بان شرط ما يقتضى ويؤدى الى عتقه بعد حين
لما كان مفسد العقد فلان يكون شرط ما يقتضيه الآن مفسدا بالطريق الاولى فلا حاجة
الى ذكره وابهام التسوية بينهما ثم المشترى لو اعتقه بعد القبض عتق ويرجع البيع صحيحا
فيجب الثمن عند ابى حنيفة ولايعود صحيحا عندهما فيلزمه القيمة واما لو اعتقه قبل القبض
فلا يعتق بالاجماع لانه لايملكه قبل القبض لفساد البيع وفى صورة التدبير وما بعده لايصير
العقد صحيحا فيلزمه القيمة بالاتفاق كما فى الفتح وغيره وقوله هذا مثال لشرط الخ هذا مبتدأ
واشارة الى قوله او يدبر الخ خبره مثال الخ (قوله كشرط الملك فى المبيع للمشترى) اوشرط
تسليم المبيع او الثمن اوشرط حبس المبيع لاستيفاء الثمن فكل هذا يثبت بمطلق العقد والشرط
لايزيده الا تأكيدا فلا يفسد به العقد كما فى الشروح (قوله اولايقتضيه) وكذا شرط لايقتضيه

العقد ولكنه يلايم البيع ويؤكد موجبه كالبيع بشرط كفيل اورهن بالثمن وهو معلوم بالاشارة اوالتسمية واوفى بمجلس العقد قبل التفرق فهذا الشرط لايفسده كما فى المنح وغيره (قوله كشرط ان لا يبيع الدابة) مثل هذا الشرط فاسد فى نفسه لكنه لايؤثر فى العقد فالعقد جائز والشرط باطل كما فى البدايع (قوله جازا مر المسلم ذميا الخ) اقول هذه المسئلة ومابعدها من مسائل كتاب الوكالة كلتا هما متفرعتان على ان الموكل هل يشترط له ان يقدر تصرفا فيما وكل به او يكفى ان يملك التصرف فى الجملة قال بالاول الامامان وبالثانى الامام الاعظم وسيجئ تمام تحقيقه ان شاء الله تعالى وقد ذكرهما هنا بمناسبة جوازهذا البيع والشراء وعدم جوازهما على اختلاف بينه و بينهما واختياره قول الامام فى الذكر ترجيح له صرح به فى المقدسى واجاب عن دليلهما (قوله ثم الموكل به ان كان خمرا اى شراء خمر) خلله وان كان بيع خمر تصدق ثمنها لتمكن الخبث فيه كما فى التبيين وذكر فى القنية نقلا عن الوبرى ان للوكل المسلم ان يصرف ثمنها الى الفقراء عن زكوة ماله يصح (قوله وقد قالوا هذه الوكالة مكروهة) اشد كراهة وهذه ليست الا كراهة التحريم كما فى الفتح اذ البيوع الفاسدة كلها لاحل فيها و يفيد الملك بالقبض لانها مشروعة فى الجملة بخلاف الباطلة كما فى المقدسى (قوله اذا قبض المبيع) اشار به الى انه غير مقبوض فى يده اما لو كان فى يده قبل الاشتراء بان كان وديعة مثلا ملكه بمجرد القبول كما فى الفتح والى ان التخلية لا تكفى وفيها اختلاف الروايات والاصل انها ليست بقبض كما فى المجتبى وصححه فى المنح والفصول العمادية وعليه ظاهر كلام المصنف وهو رواية النوادر وذكر فى الخلاصة عن الصدر الشهيد ان التخلية كالقبض فى البيع الفاسد وهو ظاهر الرواية اذ هو مذكور فى الجامع الكبير قال فى تلخيصه هو الاظهر وقواه فى تنويره واختاره فى الخانية والخلاصة فاختلف الترجيح كما ترى والعمل بظاهر الرواية هو الارجح وقد مر غير مرة فظهر ان كلام المصنف على غير الارجح (قوله بان قبض فى مجلس العقد) اطلق القبض فشمل قبض الوكيل قال فى القنية نقلا عن شمس الائمة السرخسى التوكيل بالشراء الفاسد صحيح الى قوله و قبض الوكيل للموكل فيصير مضمونا عليه بالقيمة قيد بكون القبض فى المجلس لما صرح فى ايضاح الكرمانى من انه اذا قبضه بعد الافتراق بغير اذن المالك لايملكه هذا هو المشهور عن اصحابنا انتهى وعن الفقيه ابى جعفر انه ينبغى ان يجوز القبض بعد الافتراق عن المجلس بغير اذنه اذا كان قد ادى الثمن كما فى الذخيرة وعن الهندوانى انه يجوز القبض بعد الافتراق عن المجلس بغير اذنه اذا كان اداه الثمن اذا كان الثمن مما يملكه البايع بالقبض كما فى المنبع (قوله ملكه) اى ملك المشترى المبيع المقبوض اذا لم يكن فيه خيار الشرط لانه يمنع الملك فى الصحيح فكيف فى الفاسد كما فى الفتح قال فى جامع الفصولين يثبت فيه خيار الشرط والرؤية انتهى (قوله والبيع مبتدأ) و قوله من الافعال الشرعية خبره و قوله فان الاول اى اقتضاء المشروعية والمراد بالثانى غير المشروعية وقوله و به اى بنفس البيع والمراد بامر عارض الوصف (قوله فبالامتناع) اى فدفع المشترى بامتناعه عن مطالبة تسليم المبيع عن البايع اولى وابعد عن العيب وانما قال اولى لان الواجب علينا رفع الفساد كما فى المنبع (قوله والميتة ليست بمال) جواب عن قياس الشافعى وقوله وان كان الخمر مثمنا اى مبيعا وقوله وقد مر وجهه فى شرح قوله فيما سبق وبيع مال غير متقوم بالثمن (قوله لزمه مثله حقيقة) و ان تغير السعر فيه يوم الهلاك عما كان يوم القبض لان الواجب دفع المثلى ففى اى وقت دفعه هو مثله وان تفاوتت

الاسعار كما فى المنبع (قوله ان كان الهالك قيميا) وكذا لوكان مثليا منقطعا كما فى المنبع (قوله ويعتبر قيمته) والقول فى القيمة والمثل قول المشترى لانه الضامن فالقول له فى القدر والبينة فيه بينة البايع كما فى الفتح (قوله ويجب على كل منهما فسخه) اقتفى فيه اثر الزيلعى ولكن لاحاجة اليه بل لم يصح اطلاقه بيانه ان الوجوب حكم آخر وانما مراد من قال لكل منهما فسخه بيان ان لكل منهما ولاية الفسخ ودفع لتوهم انه اذا ملكه لزم قال فى الفصول العمادية نقلا عن فوائد صاحب المحيط ان لكل واحد منهما ولاية الفسخ قبل القبض بالاجماع و بعده لوكان الفساد فى صلب العقد فكذلك وان لم يكن فللمشترى ولاية الفسخ وليس للبايع ذلك الابرضاه وهو قول ابى حنيفة وابى يوسف انتهى ثم لما كان المراد ذلك شمل باطلاقه على ان يكون لكل منهما الفسخ اما على طريق الجواز كما فى صورة الدفع اوعلى طريق الوجوب كما فى صورة الرفع و اللام ليست بقرينة الجواز لان افادتها هنا ثبوت الفسخ لهما من غير تعرض الى وجوبه وجوازه الا انه قد شملهما باطلاقه فظهر ان الحكم بالوجوب فى كلتا الصورتين لم يصح و ان الصواب اللام دون على و اعجب منه ماقيل ان اللام فى عبارتهم بمعنى على مستدلا بقوله تعالى وان اسأتم فلها اى فعليها فان اللام فى الآية تدل على المنفعة و المقام مقام المضرة ومانحن فيه مقام الوجوب على زعمه واين هذا من ذاك (قوله ولمن له الشرط) هذه العبارة من كلام الفقهاء معطوفة على قولهم لكل منهما يعنى ولمن له الشرط فسخه لا لمن عليه اى للذى منفعة الشرط وهو البايع فى صورة الاستخدام والمشترى فى صورة الاجل (قوله لان الفسخ لحق الشرع) و من هذا اذا اصر العاقدان على عدم فسخ العقد وعلم به القاضى له فسخه حقا للشرع كما فى البزازية الا انه لم يشترط القضاء فى فسخ البيع الفاسد لما سيجئ بل باى طريق رد المشترى المبيع على البايع صار تاركا للبيع و برئ عن ضمانه وهنا تفصيل فى البزازية (قوله فان باعه بيعا صحيحا) لاخيار فيه لانه لو باعه فاسدا فانه لايمنع النقض ولعدم لزوم مافيه خيار كما فى الفتح والمقدسى اطلق صحة البيع وانعقاده ولكنه مقيد بان لايبيعه من بايعه ولو باعه منه يكون فسخا لاعقدا صحيحا هذا اذا قبضه البايع كما فى المحيط ولم يذكر قبضه فى الخانية ولكن الوهبانى اختار الاول هذا (قوله اواعتقه) وتوابع الاعتاق كذلك وهى التدبير والاستيلاد والكتابة صرح به فى جامع الفصولين وغيره وذكر فيه ايضا انه لووقفه اوجعله مسجدا لايبطل حقه وتبع فيه للعمادى وهو ضعيف ولقد صرح الامام الخصاف بكون الوقف صحيحا ولزوم القيمة على المشترى للبايع وتبعه فى الاسعاف وحكم الناصحى فى وقفه بانه صحيح ولم يتردد فيه ولو بقول ضعيف فظهر ان مافى العمادى محمول على ماقبل القضاء بلزوم الوقف اومحمول على ماقبل نقد الثمن فان الناصحى صرح بانه لو لم ينقد الثمن فالوقف موقوف فان نقد الثمن جاز وان مات قبل نقد الثمن اوكان معدما بطل الوقف (قوله فعليه قيمته لوقيميا ومثله لو مثليا) اذ المراد بالقيمة بدله الشرعى فيهما (قوله والكتابة والرهن كالبيع) وكذا الوصية اذا مات لخروجه عن ملكه كما لو باعه كما فى السراجية (قوله ولايبطل حق الفسخ بموت احدهما) لان الوارث قائم مقام المورث فلوارثه الفسخ ايضا كما فى السراجية (قوله حتى يأخذ ثمنه) اشار به الى ان الثمن لولم يكن منقودا بل كان دينا له على المشترى فليس له الحبس وكذا لوشرى من مديونه عبدا بدين سابق شراء فاسدا وقبضه باذنه فاراد البايع رد العبد للفساد ليس له حبسه لاستيفاء دينه كما فى الكافى وفيه تفصيل هنا (قوله فهذا) اى ماذكره فى الهداية ثمه يناقض ماقلتم هنا وقوله لهذا العقد اى البيع الفاسد وقوله فاشترى بها شيئا جملة اعتراضية وقوله

الى بدله الضمير المجرور عائد الى الدراهم و تذكيره باعتبار الثمن وبدله مايشترى به وقوله اقول لايخفى الى آخره كلام بعض محشي صدر الشريعة تبعه المصنف وقوله لايرد عليه مايرد على الهداية صفة لقوله دليلا وقوله فالوجه اى التوفيق بين كلامي الهداية او الوجه فيه (قوله انمايستقيم على الرواية الصحيحة الخ اقول في تحصيل الاستقامة بالرواية الصحيحة غير مستقيم بل طيب الربح الحاصل من الثمن وحله للبايع على الاطلاق بيانه ان المذهب ان لايتعين النقد الخلق فى عقود المعاوضة سيما عند عدم قيامه وان فاسد المعاوضة بعد القبض كصحيحها فى فى افادة الملك فلهذين المعنيين يطيب ربح ثمن البيع الفاسد بخلاف ربح مبيعه لانتفاء الجزء الاول وبخلاف ربح النقد فى الغصب لانتفاء الجزئين واما تعين النقد الموجود فى حق الرد فلضرورة وجوب رد عين ما اخذته اليد عند فساد اخذها لوقائما فافترقا فى الاقتضاء هذا ولك ان يقول ان الفسخ اذا وقع فى البيع الفاسد فالبايع يأخذ عين المبيع لامحالة والمشترى وان كان له ان يأخذ عين الثمن اذا كان باقيا لكن قد يجوز فيه اخذ مثله اذ لافرق بين النقود ولايتعلق غرض بعينها كثيرا بخلاف العروض فان تعلق الحق بعينها فلهذا طاب ربح الثمن دون ربح المبيع بخلاف نقود الغصب حيث لم يكن المالك راضيا باخذ الغاصب اياها والمشترى فى البيع الفاسد رضي باخذ البايع الثمن فلهذا طاب ربح الثمن ولم يطب ربح نقود الغصب (قوله اعلم ان الخبث) اراد بالخبث عدم الطيب وهو الحرمة وبالطيب الحل والمراد بالنوعين مايتعين ومالايتعين (قوله يتصدق بالربح عند ابى حنيفة ومحمد) وقال ابو يوسف يطيب له الربح مطلقا لان شرط الطيب عنده الضمان وقد وجد (قوله اوتقدير الثمن به) عطف على قوله سلامة المبيع به يريد به ان تعلق العقد الرابح بمالايتعين من وجهين سلامة المبيع به وتقدير الثمن لذلك المبيع به فكلمة او بمعنى الواو والعناد الخلو دون مانعة الجمع وقد وقع فى بعض الشروح بالواو (قوله فيمايتعين ثمه) اى فى عدم الملك وقوله شبهة مفعول به لينقلب وقوله هنا اى فى فساد الملك وقوله شبهته مبتدأ خبره جملة تنقلب شبهة الشبهة والجملة عطف على جملة ينقلب حقيقة الخبث الخ ولوحذف ينقلب الثانى اوقدم على قوله شبهته لكان عطف الشيئين على معمولى عامل واحد اوعطف فعلية على فعلية (قوله فلاتعتبر) اى شبهة الشبهة لان اعتبار الشبهة فى باب الربوا خلاف القياس انماهو بالنص وهو نهيه عليه السلام عن الربوا والريبة فلا يتعدى والا لانسد باب التجارة وهو مفتوح كما فى المقدسي (قوله فقضاه) اى ادى الرجل المدعى عليه ذلك المال بالنقد وهو المراد بقرينة قياس المسئلة السابقة بهذه المسئلة وبقرينة قوله فلايعمل فيمالايتعين (قوله وبدل المستحق مملوك المضاف هو النقد المقبوض) والمضاف اليه اسم مفعول هو الدين المدعى به اطلق كونه مملوكا له ولكن قيد فى الفتح بان كون المبدل مملوكا للمدعى انماهو باعتبار ان له مالا على المدعى عليه فى زعمه امالوكان فى اصل دعواه الدين متعمدا للكذب فدفع اليه لايملكه اصلا لانه متيقن انه لاملك له فيه اقول ظاهر كلام الفقهاء فيه الاطلاق بناء على الظاهر اى ماظهر للحاكم ومافى الفتح ديانة ونفس الامر يدل على الاول ماقالوا انه لوحلف لايفارقه غريمه حتى يستوفى دينه فباعه عبد الغير بدينه ثم استحق العبد ولم يجز بيعه لم يحنث الحالف لان المديون ملك مافى ذمته بهذا البيع وهو بدل المستحق وعلى الثانى ماقالوا فى كتاب الاقرار ان من اقر لشخص بمال وهو يعلم انه لامال له عليه لايجوز له اخذه الخ تدبر (قوله لزم قيمتهما) اشار بلزوم القيمة ان حق الفسخ والاسترداد منقطع وان هذا قول ابى حنيفة

بقرينة قوله وقالا الخ ورجح ابن الهمام في الفتح قولهما (قوله فحق البايع كذلك) اى لايبطل بهما بل هو اولى فى ان لايبطل بهما كما لايخفى (قوله وكل ماهو كذلك) اى كل تصرف حصل للمشترى بتسليط البايع ينقطع به حق الاسترداد كالبيع الخ لقائل ان يقول انه فرق بين حق حصل من تصرف المشترى لنفسه وحق حصل من تصرفه لغيره فالاول لايستحق لاعتبار لكونه حق الجانى فى المريد به قطع حق القاصد للتوبة وهو فى الحقيقة حق الله تعالى فلا يقدم مثل هذا الحق على حق الله تعالى بخلاف الثانى وهو حق من لاجناية منه كحق مشتر من هذا المشترى فانه جل وعلا اذن فى تقديم حقه (قوله بخلاف الشفيع اذ التسليط لم يوجد منه الخ) يريد به ان حق الشفيع فى الشفعة وان كان اضعف من حق البايع فى بعض الجهات لكنه اقوى منه من جهة عدم التسليط فيه وانت خبير بان هذا لايجدى نفعا فى اثبات المدعى غايته ان حق الشفيع اقوى من وجه وثمرته انه لو وهب المشترى المبيع او باعه من آخر لم ينقطع حقه وان حق البايع اقوى من وجه وثمرته انه لم يحتج الى القضاء او الرضاء الخ وليس فيه مايثبت ان المشترى لو بنى اوغرس انقطع حق الاسترداد وقد عرفت الفرق بين حق المشترى الجانى وغير الجانى فلم يستقم القياس السابق فظهر ان قولهما هو الراجح (قوله فانه يأخذ) اى الشفيع المبيع بالشفعة بالبيع الثانى بالثمن الباآت الثلاث تتعلق بقوله يأخذ الاولى للسببية والثانية بمعنى فى والثالثة بمعنى المقابلة وهكذا فى قوله اوبالاول بالقيمة ثم وجه الترديد فى الاخذ بين الشيئين انه اجتمع فيه سببان فللشفيع ان يأخذ بايهما شاء فان اخذ بالثانى اخذ بالثمن لان الشراء الثانى صحيح وان اخذه بالاول اخذه بالقيمة لان المبيع فى البيع الفاسد مضمون بالقيمة (قوله وان لم يكن فى الفاسد شفعة) ان وصلية ومع مدخولها قيد لقوله يأخذه بعد هذا القيد قوله لان حق البايع الخ تعليل للاخذ حاصله ان الشفعة لاتثبت فى البيع الفاسد الابعد سقوط الفسخ فيه وهنا اى فى صورة الهبة والبيع قد سقط فثبت فهذه الزيادة من المصنف هنا ليست بمفسدة بل مفيدة ان للشفيع حق الشفعة ولو فى البيع الفاسد على تقدير سقوط الفسخ الا انها لاتجدى نفعا لما نحن فيه بل مثل هذا التفصيل يليق فى باب الشفعة ومن ذلك قيل قوله فانه يأخذ الى قوله قد انقطع هنا مما لايحتاج اليه (قوله وبيع ماله من فاسد عقل) وهكذا بيع فاسد عقل غير رشيد ماله على اجازة القاضى اراد بفاسد عقل غير رشيد السفيه يدل عليه قوله على اجازة القاضى لابد من ان يجن ويفيق فان بيعه وشراءه وهو يعقل موقوف على اجازة الولى ولا المعتوه لان تصرفه من نحو بيعه وشرائه متوقف على اذن الولى وهو الاب او الجد او وصيهما او غيرهما من العصبات او القاضى كما فى المنبع وغيره بخلاف السفيه فانه لما حجره القاضى توقف صحة تصرفه على اجازته فعلى هذا يكون هذا اختيار قول الامامين هنا فى السفيه لانه لايحجر عند ابى حنيفة صرح به نفسه فى كتاب الحجر وقولهما هو الارجح وبه قالت الائمة الثلثة كما فى التحرير والتيسير ولك ان تقول المراد من فاسد عقل غير رشيد اعم من السفيه والمعتوه ومن يجن ويفيق بناء على اطلاق المتن ثم الرشد فى حق المال صلاح الفعل وحفظ للمال كما فى الكتب اى صلاح فى تصرفه وحفظ ماله كثيرا كما فى صور فتاوى المولى ابو السعود (قوله وبيع المرهون الخ) اطلقه ولم يقيد بان للمشترى فيه الخيار اولا فاذا لم يعلم وقت الشراء كونه مرهونا اومستأجرا اوفى مزارعة فله الخيار بالاتفاق وكذلك عند محمد لو علم به وقت الشراء وقيل هو ظاهر الرواية وعند ابى يوسف ليس له حق النقض لان كونه كذلك بمنزلة العيب وقد علم به وقت الشراء فلاخيار له فى فسخ

العقد وقيل هوظاهر الرواية كذا فى الذخيرة (قوله برقمه) بسكون القاف مصدر فى الاصل علامة يعلم بها ماوقع به المبيع والثمن (قوله ثم البيع ولزم على البايع تسليم المبيع الى المشترى) وذكر فى الذخيرة هنا ان المرتهن ان لم يجز البيع وطلب المشترى من القاضى التسليم فالقاضى يفسخ العقد بين البايع والمشترى اقول هذا انما يمشى على قول ابى يوسف فى صورة انه علم وقت الشراء كونه مرهونا اذلاحاجة لهذا عندثبوت الخيارله تدبر (قوله على اجازة المرتهن) فلو اجازه يستوفى من الثمن حقه ولواجازه المزارع فلا اجر لعمله وفى مجموع النوازل ان اجاز المزارع يكون كلا النصيبين للمشترى يريد به الارض وغلتها لوكانت وقيل ان كان الارض فارغا يجوز وان كان البذر من المزارع لا يجوز فى حقه فيستأجر الارض وان كان من رب الارض وقدالقى البذر لايجوز وكذاك فى الكرم ان لم يظهر الثمار يجوز البيع وبه كان يفتى ظهير الدين كذا فى الذخيرة اقول دخول الغلة والثمار فى العقد امابناء على التسمية اوبان يقال كل مافيها اومنها كما سبق (قوله لكن يتوقف الخ) استدراك من قوله لاينعقد الثانى لامن قوله لاينفذ الثانى بعد قوله تفاسخا اذ المشترى بعد التفاسخ يكون اجنبيا لايتوقف العقد على اجازته ثم التعبير للمتوقف بعدم الانعقاد لم يناسب بل حسن تحرير المحل هكذا باع شيئا من زيد ثم باعه بعد القبض من بكر يوقف على اجازة المشترى وان باعه قبل القبض ان كان فى المنقول لاينعقد الثانى اصلا حتى لوتفاسخا الاول لاينعقد الثانى وفى العقار فعلى الخلاف المعروف الذى سيأتى ثم فى عامة نسخ الدرر كلمة الواو ساقطة من قوله فى العقار والصواب تصديره بالواو (قوله وبيع فيه خيار المجلس) هكذا فى الخلاصة وغيره وقدسبق ان خيار المجلس عندنا فى قبول القابل بعد ايجاب الموجب فذكره هنا بمجرد توقف احد الركنين المذكور على ماذكر الآخر فيصح اطلاق الموقوف على هذا العقد وان لم يتحقق القبول كما فى سائره (قوله وبيع الغاصب) اى المغصوب وكذا بيع المالك اياه موقوف على اقرار الغاصب اوعلى بينة المغصوب منه ان جحد الغاصب والمذكور فى الخلاصة وغيره ذلك ولمارأى المصنف عدم الفرق بينهما اختار ذكر هذا افادة منه وانت خبير بان الافيد ذكرهما اعلم ان ماذكره المصنف من وجوه البيع الموقوف ستة عشر وجها وقد ذكر وجهان فى اثنائهما كما ترى وذكر فى البحر والمقدسى اربعة عشر وجها اخرى على مافصل فيهما فالمجموع احد وثلثون وجها (قوله ولم يسلمه) اى المبيع المغصوب حتى هلك ينقض البيع فى الاصح وقيل لانه اخلف بدلا وعن ابى يوسف ومحمد ان شرى المغصوب من غاصب جاحد يجوز ويقوم المشترى مقام المالك فى الدعوى وعن ابى حنيفة روايتان كذا فى الفتح (قوله المراد بكون المبيع قائما ان لايكون متغيرا) بل المراد اعم منه ومن عدم كونه هالكا حقيقة فيكون المراد باشتراط قيام المبيع قيامه باسمه وحاله وان لم يكن قائما بان هلك اوتغير وقدقبضه المشترى فللمالك ان يضمنه ايهما شاء فيبرء الآخر فان اختار تضمين البايع نفذ بيعه بالضمان وان اختار تضمين المشترى يرجع المشترى الى البايع بالثمن ان كان نقده والا يرجع اليه بما ضمن وهو القيمة كما فى البزازية والخانية وفتح القدير (قوله فات صاحب المتاع) قيد به لانه لوكان الموقوف نكاحا فات من له الاذن لايبطل النكاح كامة تزوجت بغير اذن مولاها ثم مات المولى فانه ينفذ باجازة الوارث اذلم يحل له وطئها كما فى البحر (قوله وحكمه ايضا ان اخذ الثمن) اعلم ان المصرح فى عامة الشروح والفتاوى ان الاجازة فى البيع الفضولى والموقوف كمايكون بالقول يكون بالفعل فمن الثانى تسليم المالك المبيع فانه

اجازة وكذا اخذه الثمن ومن المالك الاول طلب الثمن فقول المصنف لبس باجازة الصواب فيه
اجازة كما لايخفى (قوله واختلف فى احسنت فقيل) وصرح فى الخانية ان كونه اجازة استحسان قال به
محمد (قوله وعند الاذان الاول) اى الواقع فى الوقت وهو مابعد الزوال وقد سبق التحقيق
فى كتاب الصلوة (قوله واما اذا تبايعا) مأخوذ من النهاية واستشكله الزيلعى لاطلاق النهى
فالتخصيص ببعض الوجوه نسخ فلايجوز بالرأى اقول قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وذروا
البيع جعل ترك البيع تابعا للسعى الواجب لئلا يخله البيع اذالنهى عن البيع فى هذا الوقت
ليس لمعنى فى نفسه ولاركنه وفى شرطه بل لمعنى فى غيره مجاور للبيع وهى كونه مخلا للسعى فاذا
وجد ولم يخله يكون مسكوتا عنه بهذا النص فيدخل تحت قوله تعالى واحل الله البيع فاين
التخصيص واين النسخ بالرأى كما لايخفى (قوله وهو ان يزيد) وفى شرح الطحاوى هذا اذا
بلغت السلعة قيمتها اما اذا لم تبلغ فلامنع منه لانه نفع للبائع من غير اضرار باحد كما فى الجوهرة
والمنبع (قوله وكره السوم على سوم غيره بعد رضاهما بثمن) يعنى لووقع ركون العاقدين بثمن
فجاء آخر ودفع للمالك اكثر اومثله غير انه وجيه فباعه منه كره ذلك وكذا لوجاء آخر فقال انا
ابيعك مثل هذه السلعة بانقص من هذا الثمن فاضر بصاحب السلعة كره ذلك كما فى الفتح
اقول ينبغى ان يكره مالوقال انا ابيعك مثل هذه السلعة بمثل هذا الثمن فاشتراه منه لوجاهته
كمالايخفى (قوله وهو ابلغ فى استدعاء الكف) والوجوب من الامر لان النفى يقتضى وجود مضمونه
فى الخارج حتى اجتنب عنه لئلا يلزم الكذب على الشارع (قوله وهو محمل النهى) اى ركون
احدهما الى صاحبه فالمرجع مصدر مدخول النفى (قوله المجلوب من خارج البلد) اشار به الى
ان الجلب بمعنى المجلوب كالنثر والخطب بمعنى المنثور والمخطوب وقوله اليه متعلق بالمجلوب
والضمير راجع الى البلد ومن الطعام بيان للمجلوب (قوله الا اذا لبس السعر على الواردين)
لانه حينئذ غرهم فيكونون متضررين وهو مكروه ايضا فكراهة تلقى الجلب يحتمل الصورتين
صرح به فى شرح الطحاوى فينبغى على المصنف ان يقول المضر لاهل البلد اوالواردين
(قوله وبيع الحاضر للبادى) اللام فيه للعماد لانه يقال بعت زيدا الدار فيتعدى الى المفعولين
ومثل هذا اللام فى شبه الفعل لتقوية العمل وفى الفعل لمجرد التأكيد وعليه عبارة الحديث
وقديدخل على المفعول الثانى لفظ من للتأكيد كانه يفيد معنى الى وقد سبق فى اول كتاب البيع
(قوله وقيل صورته) اشار به الى ان تصوير المتن بالاول هو المختار عنده وهو المذكور فى الهداية
وشرح الطحاوى واما هذا التصوير فقد صوربه الامام الحلوانى بدلالة ماجاء به فى بعض الطرق
عن جابر انه قال عليه السلام لايبيع حاضر لباد ودع الناس يرزق الله بعضهم من بعض
رواه الجماعة الا البخارى وفى المجتبى وهذا الوجه وهو المذكور فى زاد الفقهاء وهو اصح لدلالة
الحديث عليه ولموافقته لظاهر اللام التى للاختصاص فظهر ان تضعيف المصنف هذا التصوير
ليس كما ينبغى (قوله ذى رحم محرم منه) اراد به قرابة محرمة للنكاح وقيد بكونه محرما منه اى من
جهة الرحم لئلا يرد عليه ابن العم اذا كان اخا من الرضاع فانه رحم محرم وليس له هذا الحكم
اقوله صلى الله تعالى عليه وسلم راوى هذه الحديث ابو ايوب الانصارى رضى الله عنه رواه
عنه احمد والترمذى (قوله والكبير يشفق على الصغير) وفى عبارة الكافى يشفق من الاشفاق
وهذا يشير الى ان ذارحم محرم اعم من ان يكون صغيرا اوكبيرا (قوله والآخر لغيره) وذلك
الغير يشمل باطلاقه والده الصغير ومكاتبه ومضاربه وعبده المأذون المديون امالوكان غير مديون

وكره التفريق لوجود الاجتماع فى ملك شخص واحد (قوله ولابد من اجتماعهما فى ملكه) اراد به الملك على الكمال حتى لو وقع شركة بالغير فى احدهما لم يكره التفريق كما فى المنح (قوله ولوكان التفريق بحق مستحق لابأس به) اقول هذا يقتضى ان يقيد التفريق بانه غير المستحق كما وقع فى المجمع انما تركه المصنف فى المتن تابعا بمختصر القدورى ومنظومة النسفى وتداركه فى الشرح بناء على انه الواقع فى المعتبرات (قوله كدفع احدهما بالجناية) وعن ابى حنيفة الفداء اولى من الدفع لما فيه من مراعاة الحقين وهى حسن عقلا وشرعا كما فى البدايع (قوله ورده بالعيب) وعن ابى يوسف انه اذا وجد فى احدهما عيبا يردهما جميعا او يمسكهما كما فى مصراعى باب اوزوجى خف اونعل كما فى المنح (قوله لاالاضرار به) لانه متى تعلق باحدهما حق فالمنع فى ايفائه اضرار بصاحب الحق فلا يكره التفريق وكذا لوخرج احدهما عن محلية البيع باعتاق احدهما بمال او بغيره او بتدبيره اواستيلاد الامة اوكتابة احدهما لانه لما تعذر عليه بيعهما جميعا لم يكره التفريق وكراهته شرعا لدفع الضرر عن المملوك وهذا انما يجوز اذا لم يتضمن ذلك اثبات ضرر فوقه على المالك فاذا امتنع عن بيع الآخر لتضرر به المالك وذا لايجوز لانه ليس من شرط دفع الضرر الحاق الضرر بغيره كما فى الجوهرة والبدايع (قوله ولاحرمة ههنا) اى فى البيع المكروه يريد به ان الكراهة فيه للتنزيه كما هو مقتضى سلب الحرمة ويؤيده ماذكر فى الكافى فى باب الغنائم وقسمتها من ان المذهب كراهة القسمة فى دار الحرب لابطلانها وعلله بان النهى كان لمعنى فى غير المنهى عنه فلا يعدم الجواز وهى كراهة تنزيه عند محمد ولكن قال ابن الهمام فى الفتح ان كون المكروه دون الفاسد ليس فى حكم المنع الشرعى بل فى عدم فساد العقد والا فهذه الكراهات كلها تحريمية لانعلم خلافا فى الاثم اقول ان مافى الفتح هو الراجح لان الاثم يقتضى تحريم الكراهة ولماصرح فى الاصول من ان القبح فى المنهى عنه لوكان لعينه يقتضى البطلان وان كان لوصفه يقتضى الفساد وان كان لمجاوره يقتضى الكراهة مع صحة اصله ووصفه وكونه حراما لايمنع صحته فيهما كما فى الصلوة فى الارض المغصوبة وانما تسقط حرمته لضرورة قائمة فى حق العامة اوالخاصة كما فى سؤر الهرة ولما لم يثبت ضرورة تسقط الحرمة فى هذه الكراهات بقى انها تحريمية على ان الفسخ قد يكون واجبا ليرتفع الاثم كما فى صورة التلقى وبيع الحاضر والتفريق ان ساعده الآخر وهو ليس باثم فيها والفسخ لايجدى نفعا فى صورة البيع بعد الاذان فظهر ان عدم وجوب الفسخ لعدم كونه فى وسعه اولعدم نفعه لالعدم الحرمة فى العقد كما لايخفى (قوله ولافساد ههنا) هذا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف البيع فاسد فى قرابة الولاد لزيادة تغليظ ورد الشرع به فيها وفى رواية اخرى عنه البيع فاسد مطلقا فى الولاد وغيره كما فى مبسوط السرخسى والفضل للمتقدم كما لايخفى

❊ باب الاقالة ❊

لهذا الباب مناسبة خاصة بباب البيع الفاسد اذ البيع الفاسد واجب رفعه صونا عن المحظور والاقالة وهى رفع العقد بيعا كان اواجارة مندوب اليها طلبا للثواب حيث قال عليه السلام من اقال نادما بيعته اقال الله تعالى عثرته يوم القيمة اى اسقطها وارفعها وقد تكون واجبة كما فى بعض صور البيع المكروه وقدتقدم ثم هى من القيل لامن القول قال الامام تاج الدين الزرنوجى الاقالة فى باب البيع ليس من القول لانهم يقولون قلته البيع واقلته بالكسر فدل انه اجوف يائى ولهذا ذكره الجوهرى فى القاف مع الياء وهكذا ذكر فى مجموع اللغة حيث قال قاله البيع واقاله قيلا واقالة فسخه

كما فى المنبع وغيره (قوله رفع البيع وذلك الرفع انما يكون بالايجاب والقبول) وهذا ركنها ثم هذا يكون بلفظين ماضيين وتصح بلفظين الخ وبالتعاطى كما فى الخانية وبأخذ احد البدلين وهو الصحيح كما فى البزازية (قوله وهى فسخ هذا عند ابى حنيفة ومحمد) واما عند ابى يوسف فهى بيع وتحقيق الاختلاف فيها ان الاقالة فسخ عند ابى حنيفة الا ان لايمكن فيبطل الاقالة وعند ابى يوسف بيع الا ان لايمكن فيجعل فسخا الا ان لايمكن فيبطل الاقالة وعند محمد فسخ الا ان لايمكن فبيع الا ان لايمكن فتبطل وعند زفر انها فسخ محض فى حق الناس كافة كما فى تشنيف المسمع وغيره (قوله من موجبات العقد) بفتح الجيم وهى ماتثبت بنفس العقد من غير شرط (قوله ولا تفسد بالشرط) ولكن لايصح تعليقها به كأن باع رجل ثوبا من زيد فقال اشتريته رخيصا فقال زيد ان تجد مشتريا بزيادة فبعه منه فوجد فباع بازيد لاينعقد البيع الثانى لانه تعليق الاقالة لا الوكالة بالشرط ثم عدم فسادها بالشرط هو مذهب ابى حنيفة ومحمد اما على مذهب ابى يوسف فهى تفسد بالشرط الفاسد لانها بيع عنده فتفسد به كسائر البياعات كما فى المنبع والبزازية (قوله للزوم الربوا كما مر) ولا ربوا فى الفسخ وهو مامر من ان الشرط الزائد الخالى من العوض اذا وجد يصير ربوا واما الاقالة فهى رفع ماكان ورفع ماكان زائدا على ماكان لايتصور لان رفع مالم يكن محال فلا يؤثر الشرط الفاسد فى الاقالة اليه اشير فى ايضاح الكرمانى (قوله وجاز للبايع بيع المبيع) اى من المشترى وهو المراد وكما يظهر من الشرح اقول هذا الجواز لاخلاف فيه بين اصحابنا فتكون حجة على ابى يوسف الا ان يثبت عن الخلاف فيه كما فى البدايع (قوله وجاز بيع المكيل الخ) الصواب رد المكيل او قبض المكيل ليطابق الشرح المشروح وعليه مقتضى السوق ايضا وانت خبير بانه لايطرد على اصل ابى يوسف لان الاقالة عنده بيع ماامكن وقد امكن هنا فيلزم ان يجرى فيها حكم البيع عنده كما فى المنبع (قوله وجاز هبة المبيع الخ) هذه المسئلة ايضا لايطرد على اصل ابى يوسف وقوله جازت الهبة ولاتنفسخ الاقالة وقوله ولوكانت بيعالم تجز اى الهبة وقوله بهبة المبيع اى بهبة المشترى المبيع للبايع قبل القبض يعنى اذا قبلها البايع كما فى الفتح والمنبع (قوله قال فى النهاية والخلاف الخ) اراد به ماذكره الفقهاء من انها فسخ ام بيع وقد سبق تحقيقه نقل المصنف هذا الخلاف هنا وان لم يسبق ذكره منه اعتمادا على فهم المتعلم ان كون الاقالة فسخا على الخلاف بين الائمة وقوله لاتجعل بيعا وان امكن جعلها بيعا كما فى الذخيرة بل يكون فسخا كما فى بعض نسخ الزيلعى ولو ذكرت بلفظ البيع كانت بيعا اجماعا كما اذا قال البايع له بعنى مااشتريت فقال بعت كان بيعا كما فى السراج يعنى يكون بيعا جديدا (قوله لايتدافى اخذها) اى اخذ الدار بالشفعة هذا عند ابى حنيفة وابى يوسف اما عند ابى يوسف فظاهر لان الاقالة بيع جديد فى حق الكل عنده ولما مانع هنا من جعلها بيعا وعند ابى حنيفة فلانها بيع فى حق ثالث والشفيع ثالثهما واما على قياس محمد وزفر لايثبت حق الشفعة لانها فسخ مطلق عند زفر وفسخ ماامكن عند محمد وقد امكن هنا والشفعة متعلق بالبيع لابالفسخ كما فى الشروح (قوله كانه اشتراه منه) اى كان البايع اشتراه من المشترى (قوله يعنى اذا باع المشترى المبيع من آخر وقبضه اولم يقبضه ثم تقابلا الخ) وقوله كانه اشتراه اى كان المشترى الاول وقوله منه متعلق بقوله المشترى والضمير المجرور عائد الى المشترى الاول (قوله يعنى اذا كان المبيع موهوبا الخ) فى التعبير ركاكة ولو قال اذا كان الموهوب مبيعا بان باعه الموهوب له الخ لسلم منها

To: www.al-mostafa.com

ثم هذه المسئلة والمسئلة السابقة يطردان على مذهب الشيخين واما على مذهب محمد وزفر فهما مشكلان تدبر كما لايخفى (قوله وكان اى المبيع فى حق البايع) اى الاول وهو هنا ثالث كالمملوك اى للمشترى الاول بشراء جديد الخ ثم باعه من بايعه وذلك جائز كذا هذا فى المنبع وايس المعنى كالمملوك للبايع الاول بشراء جديد الخ تدبر ثم هذه المسئلة مطردة على اصلهما واما على اصل محمد وزفر فلا تطرد لانهما يجعلان الاقالة فسخا فكانت الاقالة اعادة الى قديم الملك فينبغى ان لايجوز كما فى المنبع (قوله فان الزكوة) اى زكوة تلك العروض لاتسقط عنه وهذه المسئلة تطرد على اصل ابى حنيفة وابى يوسف وعلى مذهب محمد وزفر مشكلة كما لا يخفى (قوله ولو تقايضا) بالياء المثناة التحتانية اى عقدا عقد المقايضة وهو بيع عرض بعرض او عقار بعقار فهلاك احد البدلين لا يمنع الاقالة فيه وعلى مشترى الهالك قيمته لو قيميا ومثله لو مثليا يسلمه الى صاحبه ثم يسترد منه العين قيد جواز الاقالة بكونها بعد هلاك احدهما اشارة الى ان جوازها قبل الهلاك بالطريق الاولى سواء هلك احد العوضين بعد الاقالة قبل التسليم بحكم الاقالة اولا والى انه لو هلكا قبل الاقالة او بعدها قبل الرد او تقايلا بعد هلاك احدهما ثم هلك الآخر تبطل الاقالة فى الكل بخلاف عقد الصرف فان الاقالة صحيحة فى الصور كلها فيه والتفصيل فى الشروح وذكر فى متفرقات الكافى تقابضا ثم تقالا فشرى احدهما ما اقال صار قابضا بالعقد لقيام العرضين فكل منهما مضمون بقيمة نفسه كالمغصوب ولو هلك احدهما فتقايلا فجدد عقدا فى القائم لايصير قابضا به لانه يصير مضمونا بقيمة العرض الاخر فشابه المرهون انتهى وفيه تفاصيل

﴿باب المرابحة والتولية والوضيعة﴾

لما فرغ من بيان انواع البيوع بالنظر الى جانب المبيع شرع فى بيان انواعها بالنظر الى جانب الثمن من المرابحة والتولية والوضيعة والربوا والصرف والبيع بالنسئة وقدم انواع المبيع لاصالته ثم ذكر الوضيعة من النوادر ولذا لم يذكرها صاحب الهداية ومن تابعه لاستجماع شرائط الجواز فيها وذكرها المصنف لابتنائها على ذكر الثمن الاول مثل المرابحة والتولية (قوله ليتناول ما اذا ضاع الخ) وليتناول ايضا ما اذا باع ملكه بالهبة او الارث او الوصية مرابحة على قيمة قومها حيث جاز ذكرها فى المبسوط (قوله حيث جاز له ان يبعه مرابحة وتولية) وكذا وضيعة وكذا بيع ما ملكه بالهبة الخ جاز تولية ووضيعة كما جاز مرابحة كما لايخفى (قوله وان لم يكن من جنسه) اى من جنس ما قام عليه بعد كونه معلوم المقدار او شيئا معينا نحو ثلثة دراهم او ثوب مشار اليه كذا فى البيانية (قوله او مملوك) عطف على مثلى صورته باع زيد عبدا من عمر و بثوب ثم ملكه بشر بسبب من الاسباب جاز لبشر ان يشترى هذا العبد بذلك الثوب و بربح معين وان شئت تقول جاز بيع عمرو ذلك العبد بهذا الثوب و بربح معين صرح بذلك الزيلعى وغيره (قوله والربح مثلى معلوم) جملة حالية وذو الحال قوله بمثلى او مملوك من البايع للمشترى وهذا القيد على تقدير ان يكون الشراء شراء ما يبيعه مرابحة لاغير لان اشتراط الربح لايتصور الا فيه وتقييد الكلام الاعم بالنظر الى بعض افراده المتعين الدال عليه السياق لاضير فيه سيما فى كلام المصنفين فلا ينافى شموله للباقى ثم تقييد الربح بالمثلى اتفاقى اذ كونه معلوما كاف سواء كان مثليا او قيميا بل اذا كان الربح شيئا مشارا اليه مجهول المقدار فانه يجوز كما فى الشروح وذكر فى البحر انه لابد من التقييد بالعين للاحتراز عن المرابحة فى عقد الصرف اقول لاحاجة الى هذا القيد لان المرابحة لم تجر فيه فان بدلى الصرف لا يتعينان فلا يصلح واحد منهما ان يكون مبيعا

فلا يثبت فيه عقد المرابحة التي هي متعينة في ثمن المبيع كما لا يخفى (قوله الا بقيمة ما دفع فيه من الثمن) الظاهر ان يقال من القيمي اذ لا نفع في التعميم بل لم يرد اذ الكلام في كون عوض المبيع قيميا وكون المبيع مشتري بقيمة ذلك القيمي (قوله الا اذا كان المشتري مرابحة ممن ملك ذلك البدل الخ) استثناء من قوله لا تصح اذا كان عوض المبيع الخ وتصويره رجل باع عبدا بثوب وملك ذلك الثوب غيره بسبب وذلك الغير الذي في يده الثوب يشتري هذا العبد بذلك الثوب و بربح معلوم الخ وقوله ممن ملك خبر كان والاوفق لما في المتن من قوله اومملوك من البايع للمشتري ان يقال من ملك وانما قال ممن ملك اشارة الى ان المراد كون الثوب مملوكا للمشتري سواء كان المشتري ما كاله من البايع اومن ما لكه منه وقوله اوشيء من المكيل الخ بل او من القيمي كالثوب ونحوه لما سبق آنفا (قوله لاقتداره الخ) تعليل للمستثنى والمعنى اذا كان المشتري مرابحة ممن ملك الخ يصح هذا العقد منه لاقتدا ره الخ وما التزمه الثوب الذي في يده والربح المتعين هذا اذا اشتراه مرابحة واما اذا اشتراه من في يده ذلك الثوب به فقد فيكون تولية واذا اشتراه بهذا الثوب بدون ذراع منه مثلا يكون وضيعة (قوله واما اذا اشتراه بربح ده يازده) تحقيق هذا ان الربح لو جعل شيئا مفرزا عن رأس المال معلوما كدرهم اوثوب معين جاز وان جعل الربح جزأ من رأس المال بان قال بعتك بهذا الثوب بربح ده يازده من قيمته لا يجوز له لانه جعل الربح جزأ من العوض والعوض ليس بمتماثل الاجزاء وانما يعرف ذلك بالتقويم والقيمة مجهولة لان معرفتها بالحرز والظن ولم يذكر المصنف بيعه بوضيعة ممن العرض في يده وملكه مع تعميمه في المتن فالجواب فيها على العكس من المرابحة وهو انه ان جعل الوضيعة شيئا مفرزا عن رأس المال معلوما كدرهم ونحوه لا يجوز لانه يحتاج الى وضع ذلك القدر عن رأس المال وهو مجهول وان جعلها من نفس رأس المال بان باعه بوضع ده يازده جاز البيع بعشرة اجزاء من احد عشر جزأ من رأس المال لان الموضوع جزء شايع من رأس المال معلوم كذا في البدايع وغيره فظهر ان الربح في المرابحة من شرطه ان يكون معلوما على الاطلاق كيلا يؤدي الى الجهالة (قوله والسمسار المشروط الخ) قال في الفتح ويضم اجره السمسار في ظاهر الرواية وفي جامع البرامكة لا يضم وقيل ان كانت مشروطة في العقد تضم والا فلا (قوله وانما ضمت اليهما لانها تزيد الخ) الظاهر ان يقال وانما ضم اليه يزيد الخ كما لا يخفى (قوله وان فعل المشتري الخ) وكذا لو تطوع متطوع بهذه الاعمال او باعارة كما في المقدسي (قوله وبالجملة كل ما يزيد في البيع الخ) قال في ايضاح الكرماني هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتمشى في بعض المواضع كما في فصل السمسار والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها انتهى وذكر في المنبع والاصل في معرفة الالحاق برأس المال الرجوع الى العرف والعادة فان عرف المسلمين وعاداتهم حجة مطلقة قال عليه السلام مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ومارآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح فدل كلامهم على انه يضم اجرة الغسل والخياطة وتجصيص الدار وطي البئر وكرى النهر والقناة والمسناة والكراب وكسح الكروم وسقيها والزرع وغرس الشجر كما في البحر والمنبع (قوله واجرة المعلم) اطلقه فشمل تعليم صناعة او قرآن اوعلم اوشعر كما في الشروح وبحث ابن الهمام وقال ينبغي ان يضم اجرة التعليم لان مساعدة القابلية في التعلم انما هي شرط والتعليم علة عادية فكيف لا يضم وقال في المبسوط علل نفي ضم اجر التعليم بانه ليس فيه عرف قال وكذا في تعليم الغناء والعربية قال حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر يلحقه برأس المال انتهى

ملخص كلامه واشار بنفي اجر المعلم الى انه لايضم اجر الرايض والبيطار والفداء فى الجناية والحجامة والختان لعدم العرف كما فى المقدسى (قوله بخلاف كراء المبيع) وكذا كراء المخزن لانه يزيد قيمته من حيث انه يدفع ضرر الحر والبرد ومايؤخذ فى العشر يق ظلما لايضم الا فى موضع جرت العادة فيه بينهم بالضم كما فى التبيين (قوله ويقول قام على بكذا) و قدمنا انه اذا قدم الموهوب ونحوه يقول ذلك ايضا وكذا اذا اشترى رجل متاعا ثم رقمه باكثر من ثمنه ثم باعه مرابحة على رقمه فهو جائز كما فى المبسوط قال فى البدايع و على هذا لو ورث مالا فرقمه ثم باعه مرابحة على رقمه يجوز (قوله اى ظهر خيانته) ولو بان ضم الى الثمن مالا يجوز ضمه فعلم به المشترى كما فى المحيط وقدمنا ان البيع مرابحة على رقم اكثر من الثمن جائز ولكن قيده فى المحيط بانه اذا علم المشترى ان الرقم غير الثمن اما ان اعتقد انه مساو للثمن ثم علم زيادته يكون خيانة فله الخيار (قوله خير المشترى) قال فى البحر الرائق لايورث هذا التخيير حتى لواطلع الوارث على خيانة البايع لاخيار له (قوله و فى التولية حط) اى قدر الخيانة مما قام عليه و يلزم العقد بالثمن الباقى بعد الحط هذا عند ابى حنيفة اما عند ابى يوسف فلاخيار للمشترى فى المرابحة والتولية جميعا عند ظهور الخيانة بل له ان يحط قدر الخيانة فيهما جميعا غيرانه يحط فى التولية بقدر الخيانة من رأس المال وفى المرابحة منه ومن الربح لان الربح ربح على الكل فيظهر اثر الحط فيه ايضا وعند محمد له الخيار فيهما جميعا ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده على البايع ولم ار من يرجح احد هذه الاقوال على الآخر غير صاحب الهداية فى ترتيب مختاره حيث قدم قول الامام وآخر دليله ولعله انه اختار مااختاره الامام عند عدم مايرجح واحدا من الاقوال لكونه مقتدى الكل ثم هذا الاختلاف اذا ظهرت الخيانة فى قدر الثمن اما اذا ظهرت فى صفة الثمن بان باع مرابحة اوتولية حالا مااشتراه نسيئة على ماسيجئ تفصيله فله الخيار فيه بالاجماع كما فى المنبع (قوله لزمه بكل الثمن المسمى) وسقط خياره هذا عند ابى حنيفة وهو المشهور من قول محمد وعنه فى غير رواية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت اقل من الثمن فيردها ويسترد الثمن قيد المصنف المسئلة بالمرابحة لانها لوكانت تولية يحط قدر الخيانة عند ابى حنيفة اما عند ابى يوسف فيحط كيف ما كان لانه لم يكن له خيار الرد والاخذ به و انما يلزمه الاخذ بالثمن الاول كما فى المقدسى وقال التمرتاشى من قال بالحط لوهلك المبيع اواستهلكه اوانتقص فله الحط وبه قال الشافعى قولا واحدا انتهى (قوله طرح عنه ماربح) وباعه مرابحة على مابقى من رأس المال بعد الطرح (قوله لم يرابح) قيد به لانه صح بيعه مساومة لان منع المرابحة للشبهة انما هو فى حق العباد احترازا عن الخيانة لا فى حق الشرع والشبهة تكفى فى منع بيع المرابحة لحق العبد ولايكفى فى حق الشرع فيصح المساومة كما فى البيانية هذا عند ابى حنيفة اما عندهما فيصح بيعه مرابحة على الثمن الاخير فى الفصلين ما قاله ابو حنيفة اوثق وما قالاه ارفق كما فى المحيط ثم محل الاختلاف عند عدم البيان ولو بين بان قال كنت بعته فربحت فيه كذا ثم اشتريته بكذا وانا ابيعه الآن بكذا بربح كذا جاز اتفاقا كما فى فتح القدير ولكن لورضى به المشترى بعد البيع مرابحة لايجوز كما فى المنبع (قوله والشبهة فى بيع المرابحة كالحقيقة) احتياطا وللتأكيد شبهة الاثبات كما فى شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتأكد ما كان على شرف السقوط لاحتمال انه يسقط بتقبيل ابن الزوج اوبالارتداد (قوله من مأذونه) وكذا المكاتب بل كل من لا تقبل شهادته له كالاصول والفروع واحد الزوجين واحد

المتفاوضين لوجود التهمة وهذه المسئلة بالاتفاق فى صورة المأذون والمكاتب وخالفاه فيما عداهما كما فى الشروح (قوله المحيط دينه برقبته) قيل هذا قيد لا للاحتراز بل ليعلم غيره من باب الاولى اذ القيد قد يكون لذلك قال فى الفتح ثم القيد المذكور هو كونه مديونا بما يحيط برقبته مصرح به فى الجامع من رواية محمد عن يعقوب عن ابى حنيفة والمشايخ فى تقرير هذه المسئلة منهم من ذكره كقاضيخان ومنهم من يقيد بالمحيط كالصدر الشهيد فقال عبد مأذون عليه دين محيط برقبته اوغير محيط ومنهم من لم يذكر الدين اصلا كشمس الائمة فى المبسوط فقال اذا اشترى من ابيه اوامه اومكاتبه اوعبده ولاشك ان ذكره وعدمه فى حق الحكم المذكور سواء بل اذا كان لايرابح الا على الثمن الاول فيما اذا كان عليه دين محيط مع انه اجنبى من كسبه فلان لايرابح الا عليه فيما اذا لم يكن عليه دين اولى لانه لاينعقد حينئذ العقد الثانى اصلا انما يبيع ماله من نفسه او يشتريه وانما فائدته لثبوت صحة العقد الثانى وعدمه والحكم المذكور على التقديرين لا يختلف انتهى قال فى العناية والحق ذكر القيد لانه اذا لم يكن عليه دين لم يصح البيع والتحقيق ان ذكر الدين وعدمه بالنظر الى المرابحة سواء وانما فائدته بالنظر الى صحة العقد وعدمه والباب لم يعقد الا للمرابحة فما اختاره شمس الائمة يكون انسب بالباب واسلم من ملاحظة القيد احترازيا كما لايخفى (قوله اذ لو لم يكن على العبد دين) اطلق الدين فشمل المحيط وغيره لان الدين مطلقا مصحح لعقد المولى معه لما سيجئ فى كتاب المأذون وقوله لم يصح اى لم ينعقد (قوله لايخلو عن حقه) ولهذا كان للمولى ان يستبقى مافى يده لنفسه ويقضى دينه من عنده (قوله لابتنائها على الامانة) فينفى عنها كل تهمة وخيانة والمسامحة جارية بين السيد وعبده ومكاتبه بل بين البائع والمشترى وممن لاتقبل شهادته له ايضا كما قال به ابوحنيفة لمكان الاحتياط فيه كما فى فتح القدير ولو بين السيد اوالشريك انه شراه من عبده المأذون اومن شريكه جاز كما فى البناية اقول ولو بين شراءه ممن لا تقبل شهادته له ورابح ينبغى ان يجوز ايضا كما لايخفى (قوله ويرابح رب المال الخ) قيد به لانه لو رابح المضارب فيما اشتراه من رب المال رابح على ما اشتراه رب المال ولا اعتبار لعقد المضارب معه فيه وسيجئ التفصيل فى باب المضاربة (قوله وان قضى بجوازه عندنا اذا عدم الربح) اى مع عدم الربح خلافا لزفر وقوله كما هو كذلك هذا اى كما عدم الربح فى هذه المسئلة لان الربح حينئذ وقوله ففيه شبهة العدم خبران لان اسمان فى قوة الموصوف بالموصول مع صلته اى لان هذا البيع المقضى بجوازه الخ (قوله لان المضارب وكيل عن رب المال) وذلك يمنع صحة بيعه منه كما لايصح بيع الوكيل من الموكل ماوكله بشرائه وانما قال من وجه لان المبيع مال المضارب من وجه آخر حتى اذا شرى لايجوز حجر رب المال عليه فى البيع ولو شرى مضارب امة لم يجز لرب المال وطؤها وان لم يكن فى المال ربح كما فى الفتح (قوله فى حق نصف الربح) الذى هو حصة رب المال وبالجملة يبيعه مرابحة على اقل الثمنين للاحتياط وعلى حصة المضارب من الربح لان المضارب فى ذلك المقدار بمنزلة الاجنبى فلا يتهم فيه (قوله بالعيب مصدر تعيب) اى صار معيبا بلا صنع احد اطلقه فشمل حدوثه فى يد البائع بعد البيع اوفى يد المشترى فاراد ان يبيعه مرابحة سواء كان حدوثه بآفة سماوية او بصنع المبيع يسيرا كان العيب او كثيرا ولو بتغير السعر او اصفراره او توسخه بطول المكث كما فى الشروح (قوله ولم ينقصها الوطئ) قيد به لانه اذا نقصها يكون كوطئ البكر كما فى البحر (قوله ولا يجب عليه البيان) خلافا لزفر والشافعى قال الفقيه ابو الليث وقول زفر اجود وبه نأخذ ونختاره

قال ابن الهمام المحقق هذا حسن لان مبنى المرابحة على عدم الخيانة وفصله بما لا مزيد عليه (قوله قال الزيلعي المراد بقولهم يبيعه مرابحة بلا بيان انه اشتراه الخ) الظاهر ان الصادر من قلم المصنف تكرر لفظ بلابيان كما هو الصواب وسقوطه ناش من قلم الناسخ حيث يغفل عن تصوير الكلام ويظن ان احدهما تكرار محض زائد كما لايخفى (قوله بان يبين العيب والثمن) ذكر الثمن بناء على ان التصوير في عقد المرابحة وان لم يحتج الى ذكره بالنظر الى قوله واما نفس العيب فلابد الخ (قوله كقرض الفأر) يعني كما يرابح بلا بيان قرض الفأر الخ بانه اشتراه سليما ثم قرضه الفأر ثم القرض بالقاف والفاء والاول اشهر والفأر مهموز اسم جنس يطلق على القليل والكثير يجمع بفئران وفئرة والتاء في الفأرة للوحدة يطلق على الذكر والانثى وقيل لاعرابي اتهمز الفأر فقال الهرة تهمزها كما في القاموس وغيره (قوله وان كان جزأ يقابلها) الظاهر يقابله وقوله لم يحبس عنده اي عند البائع مرابحة خبران (قوله بان فقأ عينها) اى فقأ المشتري عين المبيع فلا مقتضى التأنيث الضمير هنا وقوله اوفقأها اجنبي سواء كان بامر المشتري اوبغير امره وقوله تأخذ ارشها قيد اتفاقي صرح به المحقق ابن الهمام وقوله لانه صار اى العين وتذكير الضمير باعتبار كونها وصفا في المبيع اوباعتبار عدم التاء في صورة العين وتأنيث الضمير في قوله فيقابلها شئ باعتبار كون العين مؤنثا سماعيا اوباعتبار صفتيتها (قوله شرى بنسيئة ورابح بلا بيان الخ) وكذا لواشترى شيئا بغبن فاحش اوبدين له على انسان وهو لايشترى بذلك القدر بالغبن ورابح عليه ولم يبين ذلك فعلمه المشتري خير المشتري بين القبول والرد بخلاف مالواشترى بالدين مماباع بمثله جاز ان يرابح عليه سواء اخذه بلفظ الشراء اوالصلح في رواية وفرق بين الصلح والشراء في ظاهر الرواية ولكن الوجه انه اذا علم انه ثمنه صح ان يرابح عليه كما في الفتح وذكر فيه ايضا انه لووجد في المبيع عيبا فرضي به له ان يبيعه مرابحة على الثمن الذى اشتراه به وكذا لو اشترى مرابحة فاطلع على خيانة البائع فرضي به كان له ان يبيعه مرابحة على ما اخذ به (قوله فيثبت له الخيار اى خيار الرد والقبول) هذا على ماعرف من مذهب ابي حنيفة ومحمد ولو فرع على قول ابي يوسف ينبغي ان يحط من الثمن مايعرف انه مثله يزاد لاجل الاجل اطلق المصنف اخفاء الاجل فشمل اخفاء كله او بعضا منه كما في المقدسي (قوله حتى يزاد الثمن في المبيع) اى يزاد الثمن في المبيع والمقام قرينة عليه ولبس فيه اشتباه فضلا عن الاستدراك حتى يعد قوله في المبيع خطاء (قوله فان اتلفه) قيد الاتلاف تمثيل اواتفاقي اذا التلف كذلك ولو بدل الاتلاف بالتلف لكان احسن لان حكم الاتلاف كان يعلم بالطريق الاولى (قوله لزمه كل ثمنه) اى حالا وقيل يقوم بثمن حال ومؤجل فيرجع بفضل مابينهما كما في الهداية وقال الفقيه ابوجعفر الهندواني المختار للفتوى الرجوع بفضل مابينهما كما في الشروح (قوله لانه بناء الخ) اى لان كل واحد من عقدي المرابحة والتولية وقوله وان كان استهلكه الكلام فيه كالكلام في اتلفه (قوله لزوال المفسد قبل تقرره) لانه انما يتقرر بمضي المجلس ونظيره بيع الشئ برقمه قبل معرفة الرقم والظاهران هذا العقد ونظيره ينعقد فاسدا بعرضية الصحة وهو الصحيح خلافا لماروى عن محمد انه صحيح له عرضية الفساد كما في الفتح اقول ثمرة الاختلاف تظهر فيما لو باشر البيع في المجلس قبل العلم انه يحرم على الصحيح ولا يحرم على الضعيف وذكر في الفتح شرى ثوبا لايرابح على ذراع منه لان الثمن لاينقسم على ذراعاته قال المقدسي بعد نقله هذا قلت ينبغي ان يصح في الكرباس والخام المستوى كما هو واقع

﴿ فصل صح بيع العقار قبل قبضه ﴾ (قوله لا المنقول عطف على العقار)
اى لا بيع المنقول قبل قبضه واراد به المبيع لانه لوملك المنقول بالهبة اوالصدقة اوالقرض
اوالوصية اوالارث جاز بيعه قبل القبض وقيد بالبيع ليكون المسئلة على الاتفاق بين اصحابنا
فان عند محمد تجوز الهبة والصدقة والقرض والوصية فى المبيع كما فى المنبع واطلق صحة بيع العقار
فشمل بيعه لبايعه ولكنه لا يصح بالاتفاق ولا ينتقض به البيع الاول بخلاف مالو وهبه له لان الهبة
مجاز عن اقالة بخلاف البيع كما فى الذخيرة وقيد بيعه لان اجارة العقار قبل القبض الاصح انها
لا تصح اتفاقا وعليه الفتوى كما فى المنبع هذا فى تصرف المشترى قبل القبض امالو تصرف
فيه البايع بامر المشترى يكون قبضا للمشترى فيصح ذلك التصرف كامره للبايع ان يهبه
من فلان فدفعه للموهوب له صح وكذا لو امره ان يوجره لفلان وصار المستأجر قابضا للمشترى
اولا ثم لنفسه والاجر الذى يأخذه البايع من المستأجر يحسب من الثمن ان كان من جنسه وكذا
لواجاره البايع او وهبه اورهنه فاجاز المشترى ذلك يصير قابضا هذا بخلاف الامر بالبيع فانه
لوقال بعه لنفسك فهو فسخ وان قال بعه لى لا يجوز ولا يكون فسخا ولوقال بعه او بعه ممن
شئت فباعه كان فسخا وجاز البيع الثانى عند محمد وقال ابو حنيفة لا يكون فسخا هذا زبدة
مافى الشروح (قوله لو تصور هلاكه الخ) هذا التذييل ذكره المحبوبى (قوله بان كان على
شط النهر) فلا يأمن ان يصير بحرى وقوله ونحوه وهو ان يكون المبيع علوا اوفى موضع
لا يأمن ان يغلب عليه الرمال مثلا (قوله ثم لا الخ اما ان يكون معلولا بغرر الانفساخ) اى
العقد الاول كما فى شرح الهداية للاتقانى وقيد العقد فى المنبع بالثانى وعلل بانه لو هلك قبل
القبض يهلك من مال البايع الاول فيكون البايع الثانى بايعا مال الغير من وجه اقول كلا التوصيفين
صحيحان ولكن الاظهر الثانى اذ الكلام فيه (قوله فان كان) اى معلولا وهو المقطوع به والدليل
عليه ان التصرف الذى لا يمتنع بالغرر نافذ فى المبيع قبل القبض وهو العتق والتزوج عليه
كما فى الفتح قيل جعل الحديث معلولا لتقديم القياس والمعنى عليه واجيب بان الحديث
عام خص منه البعض وهو ان بيع المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد والميراث
والثمن قبل القبض يصح بالاتفاق والقياس يعارض العام المخصوص ويخصصه
قال ابن الهمام المحقق ان اخذ الشفيع قبل قبض المشترى ولا شك ان تملكه
حينئذ شراء قبل القبض فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل التمليك ببدل لم يثبت للشفيع حق
الاخذ قبل القبض وهذا يخرج الى الاستدلال بدلالة الاجماع على جواز بيع العقار انتهى
(قوله وقع التعارض بينه) اى بين اطلاق مالم يقبض يعنى عمومه وشموله للمنقول والعقار
و بين ماروى الخ حيث يدل الاول على ان بيع العقار قبل القبض منهى عنه والثانى يدل
على جوازه هذا ماهو المراد اقول فيه بحث لان دلالة الثانى على الجواز انما هو على طريق
المفهوم وذا ليس بمعتبر عندنا حتى يثبت المعارضة بينهما بهذا الطريق بل الحديث الاول
حينئذ مع الحديث الثانى متوافق المنطوقين فى كون بيع المنقول قبل القبض منهيا عنه
والاول منفرد المنطوق بعمومه فى كون بيع العقار منهيا عنه وكلاهما مخصصا دليل الجواز
لامعارضاه فظهر ان قوله وبينه وبين ادلة الجواز مبحوث عنه ايضا وان ليس معارضة
بينهما ومابناه على ثبوت المعارضة فاسد لفساد المبنى فلا يثبت بهذا الطريق جواز بيع

وهوالمحل) اى المبيع والضمير المستكن راجع الى الزيادة (قوله وجاز حط البائع عنه) اطلقه
فشمل انه قام المبيع اولا ولبس فى مثل هذا التعميم خفاء ماحتى يحتاج فيه الى التوضيح كمالايخفى
(قوله وجاز زيادته فى المبيع) اى مطلقا اما اذا كان فظاهر واما اذا كان هالكا فلان هذه
الزيادة تثبت فى مقابلة الثمن وهوقائم ولم يذكر جواز حط المشترى فى المبيع بناء) على ان النقل ماذكره
فقط ولكن القياس ينبغى ان يجوز وصرح فى المحيط بان المبيع ان كان دينا يصح الحط منه
وان كان عينا لم يصح لانه اسقاط واسقاط العين لايصح (قوله و يتعلق الاستحقاق) فيمنع
المبيع حتى يقبض زيادة الثمن لوحالا وان استحق المبيع رجع على البائع بكل الثمن اى الاصل
والزيادة و يطالب المبيع اذا سلم المشترى باقى الثمن بعد الحط كما فى الشروح (قوله اى كل الثمن والمبيع
والزائد والمزيد عليه) قوله والزائد والمزيد عليه عطف تفسير لكل من قوله كل الثمن والمبيع
على سبيل البدل فيكون فيه تصريح كلا النوعين اجمالا ثم تفسيرهما وتفصيلهما ولبس فيه
هجنة حتى يعد ترك المفسر اسم مفعول صوابا بل تصريح النوعين انما حصل بهذا الاسلوب
كمالايخفى (قوله لانهما) اى البائع والمشترى وقوله ولاية الرفع بالاقالة وقوله كما هو اى كون
الزائد صلة مبتدأة وقوله لايمكن ذلك اى ان يقال انه الخ (قوله والشفيع يأخذ بالاقل فيهما)
وذكر فى شفعة الخانية ان الوكيل بالبيع اذا باع دارا بالف وحط من المشترى مائة من الثمن
صح حطه ويضمن المحطوط للآمر ويبرأ المشترى عن المائة ويأخذ الشفيع الدار بجميع
الثمن لان حط الوكيل لايلتحق باصل العقد وذكر فى الحافظية ان من باع بالف جياد فقبض
بدلها زيوفا او باع بعبد سليم فتعيب ورضى به فالشفيع يأخذ بجياد وبقيمة سليم (قوله بع عبدك
من زيد على انى ضامن) يعنى لوساوم رجل رجلا بعبدله بالف درهم فابى صاحب العبد البيع
بالالف فقال اجنبى للبائع بع عبدك الخ وماالتزمه الاجنبى خمسمائة مثلا يعد من الثمن لوكان
مأمورا من جانب المشترى ويكون وكيلا عن المشترى فى شراء ثلث العبد فى حق الكل اى
البائع والمشترى وغيرهما حتى لوكان المبيع عقارا يأخذه الشفيع بالف وخمسمائة ويمنع البائع
المبيع من اخذه قبل نقد هذه الزيادة ولوكان غير مأمور منه يكون كفيلا فى هذا القدر فى حق
نفسه وحق البائع فقط فيأخذ الشفيع بالالف ولايمنع البائع المشترى من الاخذ بعد نقد الالف
والمسئلة من الجامع الكبير وباقى التفصيل فى شروحه (قوله فيستغنى) اى الثمن الفضولى عنه
اى عن ان يستفاد بازائه مال حتى يصح زيادته وقوله لكن استدراك من قوله يستغنى وقوله حتى
يجب بالرفع (قوله لبيع داره من غيره) الظاهر لبيع عبده لينتظم آخر الكلام باوله ولعل هذا ناش
من ان تصوير المسئلة فى شروح الجامع الكبير بالدار لابالعبد فغفل عما فى المتن عند ترتيب الشروح
واخذه عنها (قوله صح تأجيل الديون) اطلقه فشمل التأجيل فى بقاء الدين بعد ثبوته والتأجيل
فى ابتداء ثبوته والمراد من الصحة اللزوم وعدم مطالبته الى ان يجئ الاجل ثم استثناء القرض على
هذا التعميم ايضا يعنى لايصح تأجيل القرض سواء اجله عند الاقراض اوبعده وللمقرض ان يطالبه
فى الحال كما فى المنبع والبحر وذكر فى المنتقى القرض اذا كان مستهلكا فتأجيله صحيح والصحيح
انه باطل كما فى العمادية (قوله كالة ابراؤه) اى مطلقا (قوله كهبوب الريح فالتأجيل اليه لايصح)
فيبقى الدين على حاله حالا كما فى المنبع (قوله سوى القرض خص بالذكر مع ان عدم صحة
التأجيل لاينحصر فى القرض فانه لومات المديون وحل الدين واجل الداين وارثه لم يصح
كما فى الخلاصة وقال صاحب المحيط ينبغى ان يصح على قول البعض ولواجل المشترى الشفيع

في الثمن لم يصح كما في القنية وايضا فيه ان تأجيل ثمن المبيع عند الاقالة لايصح وكذا بدلا الصرف والسلم فان تأجيلهما لم يصح كما في البرجندى (قوله لانه معاوضة انتهاء) فعلى هذا الاعتبار لم يصح التأجيل لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وعلى اعتبار الابتداء لايلزم التأجيل فيه كما في الاعارة اذلا جبر في التبرع لقوله تعالى ما على المحسنين من سبيل كما في الشروح (قوله الااذا اوصى به) وكذا الوارث ليس ان يؤجل قرضه السابق على فلان عاما كما في المقدسي وذكر في الظهيرية ان القرض المجحود يجوز تأجيله وفي القنية في المداينات لوقضى الحنفي مثلا بلزوم الاجل فيه معتمدا على مذهب مالك وابن ابي ليلى صح ولزم الاجل (قوله فاجله المقرض) الضمير المنصوب عائد الى الآخر وهو المحال عليه فان كان للمحيل دين عليه فلا اشكال والا افرالمحيل بقدر المحال به للمحال عليه مؤجلا اليه كما اشار في المحيط

باب الربوا

مناسبته للمرابحة ان في كل منهما زيادة وتلك حلال وهذه حرام والحل هو الاصل في الاشياء فقدم مايتعلق به (قوله لغة الفضل مطلقا) وذا ليس بمراد بالاجماع فان فتح في الاسواق في بلاد المسلمين للاستفضال والاسترباح وانما المراد به فضل مخصوص وهوماعرفه شرعا (قوله فضل احد المتجانسين) اطلق الفضل فشمل الحقيقى والحكمى بان يكون احدهما نقدا والآخر نسيئة ولايذهب عليك حينئذ فضل الجيد على الردى عند تساويهما مع انه ليس بربوا لانه لاتفاضل بينهما شرعا بخلاف النقد فان له فضلا على النسيئة غايته يتحقق فيه شبهة الربوا والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربوا ذكر في الخزانة ان بيع الدراهم بالدنانير نسيئة ليس بربوا حقيقة بل هو شبهة الربوا (قوله شرط لاحد العاقدين) والمراد بالشرط التعيين ولو بالفعل فقط كاعطاء قمح جيد واخذ صاعين من ردى فانه ربوا مع انه لم يقع بينهما تكلم كما في البرجندى واعلم ان هذا الباب نوع من انواع البيع الفاسد صرح به غير واحد من الشراح وصرح ايضا ان المشترى يملك الدرهم الزائد اذاقبضه فيما اذا اشترى درهمين بدرهم وصرح ارباب الاصول في بحث النهى ان الربوا وسائر البيوع الفاسدة من قبيل ما كان مشروعا باصله دون وصفه فاذا استهلك الزائد ضمن مثله ولو ابرأ صح الابراء اذا كان الابراء بعد الهلاك وقيل يجب رد المثل مطلقا والاول هو الصحيح كما في القنية في المداينات وهو حسن كما في النهر الفائق ثم للربوا حكم خاص قال الاسبيجابى اتفقوا على انه اذا انكر ربوا النسأ يكفر وفي ربوا الفضل اختلاف لخلاف ابن عباس فيه لحديث انما الربوا في النسيئة واجيب عنه بالصرف الى ما ليس بمكيل ولاموزون لقوله آخر الحديث الى كيل اووزن وروى رجوعه عن هذا القول على ان اجماع التابعين بعده يرفع خلافه كما في المعراج حتى لوقضى قاض بمذهبه لم ينفذ لانه لم يعلم ان احدا من الصحابة وافقه فكان مهجورا كما في الخلاصة ثم قوله شرط جملته حال مترادفة من قوله فضل اومتداخلة بان يكون حالا من ضمير خاليا بتقدير قد او صفة لقوله خاليا لانه في قوة فضل خال وكونه صفة لفضل بعيد كما لايخفى (قوله وعلته) اى علة الربوا يعنى علة حرمته (قوله القدر) اى الكيل اوالوزن في الكيلى والوزنى واختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود فالحنطة والشعير جنسان عندنا وافراد كل واحد منهما في الحديث يدل على ذلك وباقى التفصيل في الفتح ثم قوله بالجنس الباء هنا بمعنى مع لان الجنسية شرط واصل والقدر مخاص تابع له ولذلك قيل في اكثر الكتب القدر مع الجنس ونظيره مافي كتب النحو في فصل مالاينصرف وحكمه منع الجر مع التنوين فالتنوين اصل قوى عم حكمه لايدخله

اصلا بخلاف الجر فانه يدخل حال الاضافة ودخول اللام ثم ان النسأ حكم العلة قوى عم حكمها لاتحل اصلا فيحرم حال انعدام احد الوصفين كما تحرم حال انعدامهما بخلاف الفضل فانه فى حكمها ايضا الا انه ضعيف فلذلك انما يحرم حال انعدامهما و باقى التفصيل فى شرح صاحب النهاية على متن حسام الدين الاخسيكتى فى بحث العلة معنى و حكما لا اسما (قوله والخبر بمعنى الامر) بل هو آكد منه (قوله الحنطة بالحنطة) فيه روايتان الرفع والنصب والاول على انه مفعول لمقدر وهو بيعوا والثانى على انه مبتدأ اى بيع الحنطة وخبره الحنطة ومثلا حال وروى رفعه ايضا فحينئذ بالحنطة ظرف لغو ومثل خبر المبتدأ ويدا بيد حال ايضا على تأويل بمشتق وروى رفعه ايضا فحينئذ خبر بعد خبر (قوله او كلاهما نسيئة) وانت خبير ان هذا العقد غير صحيح لا لكون الربو افيه بل لعدم الانعقاد واذ المبادلة انما تتصور بوجود الطرفين او بوجود احدهما وكلاهما هنا منتفيان على ان بيع الكالى بالكالى منهى عنه (قوله وان عدما) اى كل منهما حلا الظاهر ان يقول كلاهما ساق الكلام على ان عدم الحرمة لعدم العلة بناء على اتحاد العدم والاباحة للاصلية فى مطلق البيع لتأثير العدم اذ هو ليس بمذهب عندنا (قوله وان وجد احدهما حل الفضل لا النسأ) القسمة العقلية باجتماع الوصفين وعدمه اربعة اقسام وجود الوصفين وعدمهما ففى الاول يحرم التفاضل والنسأ وفى الثانى يحلهما والثالث وجود القدر دون الجنس والرابع عكسه ففيهما يحل التفاضل لضعفه فى العلية ويحرم النسأ لقوتها فيها ولافرق فى هذين القسمين بين ان يكون البدلان من الاموال الربوية او غيرها وعلى هذا التفصيل ترتيب المصنف هنا كما ترى (قوله لا الجزء الآخر) وهو الجنس وكل حكم تعلق بوصفين لايتم نصاب العلة الا بهما وما لم يتم لايثبت حكمها وذا يقتضى حل النسأ ايضا الا ان وجه حرمته ماصرح به المصنف فى الشرح اقول ان بقاء الفضل فى الحل بناء على عدم احد جزئى العلة المقتضية تحريمه لا وجوده كما هو عليه كلام المص تبعا لصدر الشريعة تدبر (قوله فحرمة ربوا الفضل بالوصفين) اى بوجودهما فقط وربوا النسيئة بوجودهما او بوجود احدهما وخص بذكر الثانى لان سوق الكلام عليه (قوله والجيد والردى) اى من الاموال الربوية وهكذا المراد من الحديث اى جيد الاموال الربوية وردیها يعنى سقط اعتبار الجودة شرعا عند مقابلة الجيد بالردى بخلاف حقوق العباد فانها معتبرة فيها حتى لواتلف جيدا لزمه مثله قدرا وجودة اومثليا ومع قيمها لوقيميا و باقى التفصيل فى كشف البزدوى (قوله و بالنسأ عطف على متفاضلا) اى ملابسا بالنسأ وانما اورد بالباء ليصح كونه حالا (قوله لكنهما يختلفان فى صفة الوزن) حتى جاز اسلام نقود فى موزون زعفرانا كان اوغيره قال مشايخنا العراقيون هذا الجواز للحاجة لان رأس المال من النقود عادة فالحاجة تمس الى اسلامها فى الموزونات والمكيلات جميعا اقول كلامهم هذا بناء على جواز تخصيص العلل الشرعية وهم من جملة القائلين به وجمهور مشايخنا لم يقولوا به فالوجه فى جواز الاسلام فيهما ان الدراهم مع الزعفران مثلا وان اتفقا فى الوزن صورة من وجه لكن اختلفا فى الصورة والمعنى والحكم الى آخر ماذكره المص فجاز اسلام النقد فى الزعفران والقطن والحديد (قوله بالسنجات جمع السنجة وعن ابن السكيت لايقال بالسين وان كان معربا من سنك وانما يقال بالصاد وعن الفراء بالسين افصح وعليه عبارة المص (قوله وحل عطف على حرم قد تقدم ان عقد الربوا نوع من البيوع الفاسدة فيكون الاصل فيه الجواز والحل والحرمة لاحق بوصفه باعتبار اشتماله على وصف مشروط فيه لايقابله شىء من العوض وقدم بيان الحرمة لان الباب معقود له ولان التحلية بعد التخلية

(قوله فان المعتبر فى قدر المكيلات نصف الصاع الخ) اشار به الى انه لووضع مكيال اصغر من نصف الصاع لايعتبر التفاضل به كما فى الفتح واشار بقوله كبيع مادون نصف صاع باقل منه الى ان كل واحد من البدلين لم يبلغ نصف صاع اما لوبلغ احدهما الى حد نصف الصاع اواكثر فبيع احدهما بالآخر لا يجوز نص عليه فى المبسوط ثم ضمان مادون المعيار الشرعى عند الاتلاف فبالقيمة لابالمثل كما فى الفتح (قوله فان بيعهما جائز) وان وجد الفضل وعن محمد كره التمرة بتمرتين وقال كل شئ حرم فى الكثير فالقليل منه حرام كما فى الفتح يريد به ان الفضل فى مرتبة المعيار الشرعى ومافوقه حرام وان الفضل فيما دونه مكروه كراهة تحريم (قوله ولو بالتساوى) هكذا فى عامة النسخ والظاهر ولو بالنسأ اذ السوق على جوازه عند انتفاء جزء العلة وماهو الاولى بالحكم المذكور هو البيع مفاضلة ومتساويا وقوله كبيع حفنة من بر بحفنتين من شعير التقدير فيه لو كان احد طرفيه نسيئة كما لايخفى (قوله فى بيع الطعام بالطعام) اطلقه فشمل مااتحد جنسه اواتحد وهو المراد فى مذهبه كما فى المنبع وغيره (قوله كالثوب) يعنى لوباع ثوبا بثوبين وافترقا لاعن قبض بانه يجوز بالاتفاق لتعينه بالتعيين فلا حاجة الى التقابض بخلاف الصرف والتعين فى النقود لايتحقق الا بالتقابض فالقياس عليه لايستقيم (قوله ومعنى يدا بيد عينا بعين) لماروى عبادة ولما اتى الحديث بالباء اذ لو كان المراد منه القبض لقال من يد الى يد لانه يقبض من يد غيره لابيد غيره فعرفنا ان المراد منه التعيين كما فى التشنيف (قوله البر والشعير الخ) وحاصل ماحققه صاحب الذخيرة والمنبع هنا ان الاشياء الاربعة ثبت كيلها بالنص فهى مكيلة ابدا والاثنان ثبت به وزنهما فهما موزونان ابدا وماعداها فما عرف كونه مكيلا على عهد رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم بعرف اهل زمانه فهو مكيل ابدا ايضا وان تعارف الناس بيعه وزنا فى زماننا وماعرف كونه موزونا فى ذلك الوقت فهو موزون ابدا ايضا وان تغير العرف بعده ومالم يعرف حاله على عهد رسول الله عليه السلام يعتبر فيه عرف الناس فى زمانهم ان تعارفوا كيله فهو مكيل وان تعارفوا وزنه فهو موزون وان تعارفوا كيله ووزنه فهو مكيل وموزون وهو قول ابى حنيفة ومحمد واما ابو يوسف فيعتبر العرف مطلقا وقال فى الكافى وعن ابى يوسف ان المعتبر فى كل الاشياء العرف وان كان على خلاف المنصوص عليه لان النص على الكيل والوزن انما ورد بناء على عادة الناس فى ذلك الوقت فاذا تبدلت يتبدل الحكم اقول استقراض الدراهم عددا وبيع الدقيق والتمر والملح وزنا على ماهو المتعارف فى ديارنا مبنى على هذه الرواية ومن ذلك لم ينكر ذلك احد من العلماء فظهر من هذا ان قول المصنف بخلاف ماعداها لم يبق على اطلاقه بل هو مصروف على ما لم يعرف حاله فى عهد رسول الله عليه السلام (قوله الا ان السلم يجوز الخ) وفى جمع التفاريق روى عنهما جواز السلم وزنا فى المكيلات وكذا عن ابى يوسف فى الموزونات كيلا انه يجوز وكذا اطلقه الطحاوى فقال لابأس بالسلم فى المكيل وزنا وفى الموزون كيلا وروى الحسن عن اصحابنا انه لايجوز والفتوى على صحته لان الشرط كونه معلوما وبه يعلم كما فى الفتح وفيه ايضا وقوله فى الكافى والفتوى على الاول لعادة الناس يقتضى انهم لواعتادوا ان يسلموا فيها كيلا فاسلم وزنا لايجوز ولاينبغى ذلك بل اذا اتفقا على معرف كيل اووزن ينبغى ان يجوز لوجود المصحح وانتفاء المانع (قوله باعيانهما) اى بان يكون كل من البدلين معينا ولايكون نسيئة اذ لو كان كلاهما نسيئة لايجوز اتفاقا لان الجنس بانفراده يحرم النسأ ولو تقابضا فى المجلس لم ينقلب صحة امالوكان احد

البدلين بعينه والاخر بغير عينه لم يجز بالاتفاق ايضا ولكن لو قبض ما كان دينا في المجلس ينقلب صحة كما في المحيط وذكر في الذخيرة اذا كان في بيع الفلوس احد البدلين عينا والاخر دينا لو مؤجلا لا يجوز البيع ولو غير مؤجل جاز على قول محمد اما على قول الشيخين منهم من قال يجوز ومنهم من قال لا يجوز (قوله في حقهما) اى في حق العاقدين (قوله فتبطل باصطلاحهما) اشار ببطلان الثمنيه الى بقاء اصطلاحهما على العدد ولا ملازمة بينهما من معدود ولا يكون ثمنا فلا يكون الفلوس ببطلان ثمنيتها من الموزونات فلا يحرم التفاضل بين البدلين كما في الشروح (قوله وجاز بيع الرطب بالرطب وبالتمر) في الاول خلاف الشافعي والخلاف في كل ثمرة لها حالة الجفاف كالتين والمشمش والخوخ والكمثرى والرمان والاجاص وتفرد الشافعي بالخلاف فيه وباقي الائمة معنا وفي الثاني تفرد ابو حنيفة بالقول بالجواز وهو الراجح على ما في الهداية وعندهما لا يجوز وبه قال الشافعي ومالك واحمد وغيرهم كما في الشروح (قوله وبيع التمر بالبسر) لا خلاف عند ائمتنا فيه اذا تساويا كيلا يدا بيد صرح به شمس الائمة الحلواني في شرح بيوعه كما في الذخيرة (قوله وبيع العنب بالزبيب) فيه اربع روايات جوازه عند ابي حنيفة خلافا لهما وعدمه اتفاقا في رواية عن ابي جعفر وجوازه اتفاقا في رواية عنه وجوازه عند الشيخين خلافا لمحمد على ما في نوادر هشام وجوازه عند ابي يوسف اذا بيع على سبيل الاعتبار كما في الذخيرة وما في النوادر محمول على هذا والا يكون فيه خمس روايات (قوله بالمنقع منهما) اى من التمر والزبيب وجعل الضمير مثنى يجوز فيما عطف بعاطف هو لاحد الامرين وقد سبق والمنقع اسم مفعول من انقع الزبيب في الخابية (قوله وبيع البر رطبا الى قوله او الزبيب) فيه خلاف محمد ولكن قال الحلواني الرواية محفوظة عن محمد ان بيع الحنطة المبلولة باليابسة انما لا يجوز اذا انتفخت اما اذا بلت من ساعتها يجوز بيعها باليابسة اذا ساوى كيلا كما في المحيط (قوله متساويا) اى بكيل تركه لظهوره مما سبق وفيه اشارة الى ان التساوي بالوزن لا يجوز في كل منهما وفي بيع الدقيق بجنسه متساويا وزنا روايتان كما في الفتح (قوله المختلفين) قيد به لانه لو اتحد الجنس لا يجوز البيع الا متساويا فالمعز والضأن والنعجة والكبش كلها جنس واحد والبقر والجاموس جنس واحد والابل العراب والبختي جنس بدليل ضم البعض الى البعض في الزكوة ولا يذهب عليك بيع لحم الطير بعضه ببعض متفاضلا فانه يجوز مع انه جنس واحد لانه لا يوزن ولا يكال فلا يكون من الاموال الربوية كما في الايضاح والخلاصة قال الكمال المحقق وينبغي ان يستثنى الدجاج والاوز لانه يوزن في مصر بعظمة (قوله وهو اردؤ التمر) والمراد هنا التمر مطلقا وخص الدقل بالذكر بناء على العادة في اتخاذ الخل منه كما في فتح القدير (قوله وبه يفتى) اشار به الى ان فيه اختلافا وهو ان بيع الخبز بالبر او بدقيقه لا يجوز لا نقدا ولا نسيئة عند ابي حنيفة وعندهما يجوز مطلقا وقيل ظاهر المذهب الجواز عند علمائنا الثلثة وهو اختيار المتأخرين وعليه الفتوى كما في المجمع وشرحه لمصنفه وذكر في الذخيرة ان هذا البيع جائز متساويا ومتفاضلا اذا كانا نقدين بالاتفاق وكذا اذا كان الخبز نقدا اما اذا كان نسيئة فعندهما لا يجوز وعند ابي يوسف يجوز وهو مختار مشايخ بلخ للفتوى (قوله حتى يكون الزيت الخ) حتى هذه حرف جر فعدم الجواز منته بها فاذا علم ان الزيت المنفصل او الشيرج المنفصل اكثر من المتصل يجوز يعني بالاجماع واشار به الى ان المنفصل لو ساوى المتصل او اقل منه او لم يعلم حاله لم يجز لكن الاولين لم يجزا بالاجماع وفي الاخير خلاف زفر وذكر في الخانية انه انما يشترط كون الخالص اكثر اذا كان الثفل في البدل الاخر ذا قيمة اما اذا كان لا قيمة له

كان بد بعد اخراج السمن منه فيجوز مع مساواة المتصل المنفصل يروى عن ابي حنيفة ثم قيد الزيتون والسمسم تمثيل وهكذا الحكم في الجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه والقطن بغزله والسيف المحلى بالفضة بفضة ونحوها كما في المعتبرات (قوله لاعدد) نفي لقول محمد فان عنده يجوز استقراض الخبز وزنا وعددا للتعامل والقياس يترك به كما في الاستصناع قال الكمال المحقق وجعل المتأخرون الفتوى على قول ابي يوسف وانا ارى ان قول محمد احسن انتهى وذكر في الجوهرة قال محمد من الدناءة استقراض الخبز والجلوس على باب الحمام والنظر في مرآة الحجام وذكر في القنية نقلا عن فتاوى مجد الائمة الترجماني واستقراض العجين وزنا في بلادنا يجوز لاجزافا وذكر فيه ايضا ان استقراض الخميرة من غير وزن يجوز (قوله ولايستقرض القيمي) وفي القنية نقلا عن قاضي عبد الجبار وشهاب الامامي يجوز استقراض الدبس قال صاحب القنية رحمه الله وقد كتبت في الغصب ان الدبس من ذوات القيم فينبغي ان لايجوز استقراضه اقول الاشبه هو الجواز لان الدبس لاخفاء انه من الموزونات اذ القيمة لوقدرت فيه انما تقدر بالوزن فيكون مثليا لا انه من قبيل الحيوان والثوب كما لايخفى ثم شرط القرض في المقرض كونه اهلا للتبرع واما من لايملكه واودرهما كصبي ووصي ومأذون ومكاتب فلا وفي المستقرض القبض وفيما يقرض كونه مثليا فلا يصح في القيمي كيلا يؤدي الى النزاع لاختلاف المقومين وشرطه في نفسه ان لايجر نفعا للنهي عن قرض جر نفعا اذ الزيادة تشبه الربوا هذا اذا شرطت والا فلا بأس قال في الخلاصة القرض بالشرط حرام وحكمه ثبوت الملك حال قبضه في ظاهر الرواية وثبوت مثله في ذمة المستقرض فله رد المثل وان كان قائما الا ان يكون فاسدا فحينئذ يتعين للرد وان ملكه بالقبض كالصحيح ولا بأس بهدية المستقرض والافضل ان يتورع اذا علم انه يعطيه للقرض او اشكل وان علم انه يعطيه لا للقرض بل لقرابة اوصداقة اولكونه معروفا بالسخاء لايتورع كما في المحيط عن عبد الله بن محمد بن اسلم من كبار علماء سمرقند ان من ارتهن شيئا لايحل له ان ينتفع بوجه من الوجوه وان اذن له الراهن لان هذا اذن له في الربوا ولامدخل للاذن فيه والمقرض يستوفي دينه كاملا فيكون المنفعة فضلا بلاعوض فيكون ربوا وعليه ما في القنية (حب) عن ابي يوسف المرتهن سكن الدار باذن الراهن يكره انتهى (قوله وعبده مأذونا غير مديون) قيد بالاول لم يكن جريان العقد بينهما اذ لو محجورا لايمكن جريانه اصلا وقيد بالثاني فان دين العبد حينئذ يمنع ملك المولى عند ابي حنيفة فصار المولى اجنبيا عنه فيتحقق الربوا بينهما وعندهما ان لم يزل ملكه عما في يده ولكن تعلق به حق الغرماء فصار المولى كالاجنبي عنه فيتحقق الربوا بينهما ايضا هذا ما في الهداية وشروحها والبدايع والكافي ولكن ذكر في المحيط ان لاربوا بينهما ولو عليه دين فلو اخذ المولى منه درهمين بدرهم يرد الزائد عليه لانه اخذه بغير عوض لا للربوا حتى لو اخذ العبد منه درهمين بدرهم لايجب على العبد رد الزائد كما في المقدسي وهكذا في المبسوط كما في الفتح والمتبع اقول الظاهر ان ما في المحيط على مذهب الامامين فان كون المولى مالكا لكسب المديون عندهما يقتضي ذلك كما لايخفى (قوله ولاربوا بين مسلم وحربي ثمه) قيد المسلم للتمثيل اذ الذمي كذلك لانه اذا دخل الذمي دار الحرب فباع حربيا درهما بدرهمين اوغير ذلك من البيوع الفاسدة في الاسلام فجائز بينهما كما بين مسلم وحربي كما في البدايع ثم هذا الجواز عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف والشافعي وعلى هذا الخلاف اذا تأمرهم مسلم او ذمي او باع مسلم

خمرا او خنزيرا منهم قال الكمال المحقق مقتضى التعليل ان حل مباشرة العقد اذا كانت الزيادة للمسلم والربوا اعم من ذلك فيشمل ما اذا كانت الزيادة من طرف المسلم والغلبة من طرف الكافر فى صورة القمار انتهى خلاصة كلامه واطلق الجواب ايضا فى المبسوط وقال لافرق بين ان يأخذ المسلم الدرهمين بالدرهم او الدرهم بدرهمين فى دار الحرب الى آخر ماذكره

﴿ باب الاستحقاق ﴾

الانسب ان يذكر بعد باب خيار العيب لان هذا ظهور عدم الصحة بعد التمام ظاهرا كما فى خيار العيب والمصنف عمل بالانسب فى ادراج الحقوق فى الفصل الذى مر ذكره فى اوائل البيوع كما نبه عليه غير واحد من شراح الهداية وغيرهم وعمل به صاحب الوقاية ولم يتيسر له ولغيره عمل بالانسب فى حق هذا الباب كما لايخفى على اولى الالباب (قوله نوعان) هكذا فى اكثر النسخ على انه خبر مبتدأ محذوف وفى بعضها هو نوعان وهو الظاهر (قوله والنوعان) مبتدأ خبره قوله يختلفان وقوله بعد اتفاقهما ظرف له وقوله المستحق عليه وماعطف عليه وهو قوله ومن تملك الخ المفعول الاول لقوله يجعلان والمفعول الثانى قوله مستحقا عليهم والمستكن فى تملك عائد الى المستحق عليه وضمير الموصول فى قوله من جهته وضمير الجمع فى عليهم ومنهم عائد الى المستحق عليه ومن الموصول العام اذ هو كما يحتمل ان يكون واحدا يحتمل اثنين فصاعدا وقوله بالملك منازع فيه لقوله ادعى واقام وقيد بالمطلق لانه لو ادعى النتاج او التلقى من المستحق اسم فاعل تقبل على ماسيجئ فى تصوير النوع الثانى وعدم مقبولية البينة بالملك المطلق على الحر والعتق ظاهر كما لايخفى (قوله والحكم بالحرية الاصلية) وكذا يكون الحكم على الكافة فى النكاح والنسب وولاء العتاقة كما فى الصغرى واما القضاء بالوقف فقد اختلف المشايخ فيه وكون القضاء به قضاء على الكافة هو الاصح كما فى البحر وهنا فائدة اخرى وهى انه لافرق فى كون القضاء على الكافة بين ان يكون ببينة او بقوله انا حر اذا لم يسبق منه اقرار بالرق حتى ان صبيا كان يعبر عن نفسه قال انا حر فالقول له من غير حلف وتمام تحقيقه فى مشتمل الاحكام (قوله الا ان من تلقى الملك من جهته) الضمير المستكن عائد الى الحاضر والبارز الى الموصول وقوله ومن قضى عليه فى حادثة كمن قضى عليه مثلا لتلقى الحاضر الملك من جهته لم يصر مقضيا له فيها بان ادعى الملك المطلق واقام البينة على المستحق لايحكم له (قوله واما الحكم فى الملك المورخ) اى الحكم بالحرية كما يقتضيه المقابلة والمراد بها العتق وفروعه بقرينة التقييد بكونه فى المورخ وكما هو الموافق لاستدلاله بما قال به قاضيخان وقوله فصارت مسائل الباب الى قوله عن هذه الفائدة مقول القول وعبارة شرح الزيادات (قوله لايوجب انفساخها بل يوقف على اجازة المستحق) كما فى النهاية وقيل ينفسخ العقد لان اثبات الاستحقاق دليل على عدم الرضاء والمفسوخ لايلحقه اجازة ومافى النهاية هو المنصور كما فى فتح القدير وفيه ايضا انه لاينفسخ فى ظاهر الرواية ما لم يفسخ وهو الاصح يعنى مالم يتراضيا على الفسخ لان احتمال اقامة البينة على النتاج من البايع او على تلقى الملك من المستحق ثابت الا اذا قضى القاضى فحينئذ يلزم العجز فينفسخ يعنى العجز عن اثبات ذلك وقيل ينفسخ بالقضاء والصحيح انه لاينفسخ ما لم يرجع المشترى على بايعه بالثمن وقال شمس الائمة الصحيح فى مذهب اصحابنا ان القضاء للمستحق لايكون فسخا للبياعات مالم يرجع كل على بايعه بالقضاء (قوله وعلى من تلقى ذواليد الملك منه) اطلقه ولكنه قيد فى الخلاصة بانه اذا قال المشترى فى جواب دعوى المدعى هذا ملكى لانى اشتريته من فلان يعنى البايع صار

١٨٤٢٣

البايع مقضيا عليه فلايسمع دعوى الملك منه و يرجع المشترى الثمن عليه اما اذا قال فى الجواب ملكى ولم يزد عليه لايصير البايع مقضيا عليه حتى يسمع دعواه والارث كالشراء نص عليه فى الجامع الكبير والتفصيل فى التنوير (قوله لان المبيع نتج فى ملكه) هكذا فى اكثر النسخ والظاهر فى ملكى (قوله وانما لم يرجع قبل الرجوع) محله الاليق ان يذكر قبيل قوله ولايرجع على الكفيل (قوله اذا ثبت الاستحقاق بالبينة) اطلقه فشمل مالواقر المشترى عند الاستحقاق بالاستحقاق ومع ذلك اقام المستحق البينة فقضى عليه بها فله ان يرجع على بايعه لان القضاء وقع بالبينة لاباقراره كما فى فتح القدير وفيه ايضا انه لو برهن المستحق على دعواه ثم اقر المدعى عليه يقضى بالاقرار فلا يرجع على بايعه وقيل فيه اختلاف المشايخ قال والاول اظهر واقرب الى الصواب اقول بل الاظهر ان القاضى اذا اضاف القضاء الى البرهان ينبغى ان يرجع على بايعه وان اضافه الى الاقرار ينبغى ان لايرجع عليه تدبر العلم عند الله تعالى (قوله اما اذا ثبت باقرار المشترى) ذكر فى جامع الفصولين المشترى اذا زكى شهود المستحق قال ابو يوسف اسئل عن الشاهدين فان عدلا يرجع المشترى بالثمن على بايعه والا يقضى على المشهود عليه ولايرجع بثمنه لانه كالاقرار انتهى (قوله و يأخذ البايع بالثمن) هكذا فى اكثر النسخ وفى بعضها و يؤاخذ البايع وهو الظاهر وقوله بذلك اى بان المبيع ملك المستحق وقوله كان له ذلك اى طلب يمينه وقوله بعد ذلك اى بعد النكول (قوله ضيعة ولدت) اراد بها الجارية بقرينة قوله باستيلاده ولكن على اطلاقها تشمل الشاة ونحوها وقيد الولد تمثيل اذلا خصوصية له بل زوائد المبيع كلها كذلك على التفصيل كما فى الشروح وقيل لايدخل الولد فى القضاء بالام تبعا بل يشترط القضاء به ايضا لانه اصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله وهو الاصح من المذهب وهكذا الحال فى الزوائد و باقى التفصيل فى فتح القدير وعليه عامة الشروح فظهر ان ما اختاره المصنف خلاف الاصح من المذهب (قوله ولدت عند المشترى) اما الولادة قيد اتفاقى لانها لو اكتسبت عنده اكسابا او وهب لها يأخذها المستحق مع اكسابها و ماوهب لها لا يرجع المشترى على البايع بذلك ولا يرجع بالعقر بخلاف قيمة العبد فانه يرجع بما ذكرناه فى المأذون كما فى التاتارخانية (قوله عند المشترى) قيد به لان الولد لو كان موجودا عند الشرى لم يتبعها كما فى البرجندى وكذا لم يتبعها اذا كان فى يد غيره كما فى الهداية (قوله لانه يكون متهما فيها) ولان القاضى لايمكنه ان يحكم بكلام متناقض اذ ليس احدهما باولى من الآخر فسقطا (قوله تقبل) اى بينة المكاتب و يرد المولى بدل الكتابة ان اخذه كما فى البزازية (قوله فانها تسمع) فترجع المرأة ببدل الخلع كما فى الفتح (قوله والنسب) اطلقه ولكنه خاص فى الاصول والفروع كما فى البحر وعليه تمثيل المصنف فى الشرح اولا واما النسب فى غيرهم فيمنعه التناقض كما اذا انكر الاخوة عند طلب الانفاق فمات المدعى فجاء المدعى عليه يدعيها و يطلب ميراثه لاتسمع وجعل كدعوى الملك لانه لايصح الدعوى بانه اخوه الا اذا ادعى حقا كما فى المقدسى وعليه تمثيله ثانيا تدبر والتفصيل فى عاشر كتاب الدعوى من البزازية ثم ليس مراد المصنف بذكر الثلاث حصر عفو التناقض فيها لما فى الظهيرية انه لو اشترى دار الطفله من نفسه واشهد عليه ثم باعها فكبر الولد واستأجر الدار ثم علم ماصنع ابوه فادعى الدار على المشترى و برهن على ذلك فقال المدعى عليه انك مناقض لان استيجارك منى اعتراف بان الدار لبست لك فدعواك اياها مناقض قال الصحيح ان هذا لايصلح دفعا للمدعى فالتناقض

لا يمنعها الخفاء اذ الاب مستقل بالشراء للصغير ومن الصغير لنفسه و لاعلم للابن بذلك وذكر في البزازية انه لا يشترط في التناقض كون المتناقضين في مجلس الحكم بل يكتفى بكون الثاني في مجلس الحكم وايضا لاضابط للتناقض في كلام الفقهاء فعليك المراجعة الى الفتوى في المواد ومعظم ما يرجع اليه فيها قول المصنف و التناقض فيما في طريقه خفاء لايمنع صحة الدعوى (قوله ثم ادعى الحرية) اطلاقها فشملت العارضة والاصلية ودعوى العبد لابد منها عند ابي حنيفة فيهما و هو قول الجمهور وهو الصحيح كما في الكافي (قوله ولو لم يقل) هكذا في العناية والفتح ولكن قال في الفتاوى العتابية قال لرجل اشترني فانا عبد اولم يقل ذلك ولكن اقر بالرق اوكان ساكتا فاشتراه وغاب البايع ثم اقامه بينة بانه حر يقبل و يرجع المشترى عليه بالثمن ثم يرجع هو على البايع اذا حضر انتهى وفي المنح مجهول النسب اذا بيع و هو ساكت ينظر صح بيعه وصار كانه اقر بالرق و زاد في التشنيف حتى لايقبل قوله بعد ذلك انه حر و زاد في مختصر الطحاوى وقيل له بعد البيع قم مع مولاك فقام فهو اقرار منه بالرق فظهر مخالفة ما في هذه الكتب سيما في العتابية لما ذكره المصنف الا انه انظر للمشترى (قوله لانه مختص بعقد المعاوضة) والضمير المنصوب عائد الى الضمان في ضمن ضامن باعتبار كونه مثبتا بقرينة قوله و الرهن ليس كذلك وذكر في الخانية ان المغرور يرجع باحد الامرين اما بعقد المعاوضة او بقبض يكون للدافع كالوديعة والاجارة فالمستحق اذا ضمنه المودع او المستأجر فانهما يرجعان على الدافع بما ضمنا وكذا من كان بمعناهما و في الاعارة و الهبة لايرجع على الدافع المستعير و الموهوب له بما ضمنا (قوله لاعبرة لتاريخ الغيبة) بل العبرة لتاريخ الملك ومابينه المستحق في هذه المسئلة انما هو تاريخ الغيبة فيبقى دعواه في الملك المطلق والاعتبار لتاريخ ملك بايع المشترى لانفراده فيقضى بالدية للمستحق قال قاضيخان هذا اذا كان العين في يد احدهما اما اذا كان في يد غيرهما وهو ينكر دعواهما قام المدعيان البينة و ارخ احدهما و اطلق الآخر في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة يقضى بينهما هو الصحيح ولايعتبر التاريخ عند الانفراد واختلفت الرواية عن صاحبيه في ذلك وان الصحيح على قول ابو يوسف الاول ومحمد الآخر يقضى بينهما نصفان كما قال به ابو حنيفة انتهى وقوله كما سيأتي اى في باب دعوى الرجلين والمسئلة فيه معادة بل ذكرها فيه انسب كما لايخفى (قوله ولكن يرجع بالثمن على البايع لما ان العلم بالاستحقاق) وهذا وجه تفريع هذه المسئلة الخاصة على المسئلة العامة السابقة (قوله ولواقام البايع البينة) اى حين اراد المشترى الرجوع بالثمن عليه قلت هذا مبنى على ان المستحق انما اخذ المبيع المستحق بالبينة فلا يخالف ماسلف من ان المشترى لايرجع بالثمن اذا اخذ المستحق باقراره او بنكوله الخ كما لايخفى (قوله كذا ماسوى نقل نقل الشهادة والوكالة) واسم ذلك النقل الكتاب الحكمى بناء على انه انما نقلها للقاضى المكتوب اليه ليحكم بها ولهذا يحكم برأيه وان خالف رأى القاضى الكاتب بخلاف السجل فانه ليس لقاض آخر ان يخالف وينقض حكمه التام وهو اسم لما اثبت فيه الحكم (قوله حصول العلم للقاضى) اى المكتوب اليه بفعل القاضى الكاتب هذا هو المراد لاحصول علمه باصل القضية كما ظن ولايعلمون المكتوب ومن ذلك لم يقبل شهادة اهل الذمة لانها لايكون حجة في اثبات فعل المسلم و هو القاضى بل شرط فيه شهادة العدل في الصحيح على ما سيجئ في بابه (قوله اوكان المستحق) اى المبيع المستحق البعض هذا هو المراد بل الصواب وليس هنا مايقتضى كون لفظ المستحق خطاء بل ارجاع ضميركان

الى المبيع فقط بجعل المسئلة اجنبية عما قبلها وغير صحيحة فلا بد حينئذ ايضا من تقييده
بالمستحق البعض الايرى الى قوله فى توضيح المسئلة فاستحق احدهما بعد قوله وكذا اذا كان
المعقود عليه شيئين فمن حكم بانه سهو من قلمه فقد سهى (قوله وان كان استحقاق الخ) تفصيل
قوله والا لزمه وجزاء هذا الشرط فلزمه اللايق ترك الفاء او اثبات قد اى فقد لزمه وقوله
اوصبرة حنطة عطف على قوله ثوبين يعنى اذا كان المعقود عليه شيئين قيميين ليسا فى حكم
شئ واحد اوكيليا او وزنيا (قوله او بعضه) قيد المسئلة اولا بقبض الكل فاستحق بعضه
وثانيا بقبض البعض فاستحق هو اوغيره اشارة الى انه لولم يقبض الكل فاستحق الكل او بعضه
بطل البيع بالطريق الاولى فيما استحق كلا او بعضا وخير المشترى فى الباقى على الصورة
الاخيرة اورث الاستحقاق عيبا فيه اولا ولذلك لم يتعرض المصنف لكلتا الصورتين كما لايخفى
(قوله فيه) اى فيما اذا قبض البعض فسره به لحسن المقابلة بتفسيره ايضا ولكنه يوهم انه تفسير
للضمير المجرور كما هو الظاهر وليس كذلك فاللايق ان يفسره هكذا اى فى المستحق مقبوضا
اوغيره فيما اذا قبض البعض وقوله سواء اورث الخ سواء خبر مقدم وجملة اورث فى تأويل المفرد
مبتدأ والتقدير ايراث استحقاق البعض العيب فيه اولا سيان والجملة حال من قوله الباقى والعائد
الى ذى الحال ضمير فيه وكون الفعل مخبرا عنه شايع فى فصيح الكلام كما فى قوله تعالى سواء
عليهم ءانذرتهم ام لم تنذرهم صرح به فحول المفسرين (قوله ادعى حقا مجهولا الخ) الانسب فى
هذه المسئلة ومابعدها ان تذكرا فى كتاب الصلح لانهما من هذا الباب كما ان اكثر ماقبلهما من كتاب
الدعوى ثم هذه المسئلة دلت على امرين الصلح عن مجهول على معلوم جائز وصحة الدعوى
ليست شرطا فى صحة الصلح وجه الاول ان الابراء عن المجهول جائز عندنا لان الجهالة فيما يسقط
لايفضى الى المنازعة ووجه الثانى ان دعوى الحق فى الدار غير صحيحة لجهالة المدعى به ومع
ذلك جاز الصلح عن هذه الدعوى الااذا ادعى اقرار المدعى عليه بالحق للمدعى فحينئذ تصح
الدعوى وتقبل عليه البينة كما فى الشروح (قوله لايملك ذلك القدر) الظاهر لم يملك (قوله
فوجب الرجوع) اى المعهود وهو الرجوع بالدنانير (قوله جاز اعتاق مشتر من غاصب)
قيد باعتاق مشتر لانه لواعتقه الغاصب ثم ادعى الضمان لم يصح العتق وقيد بانه مشتر من غاصب
اشارة الى ان اعتاق مشتر من فضولى بالطريق الاولى واشار ايضا باجازة بيع الغاصب الى ان
صحة اعتاقه فى الصحيح فيما لوادى المشترى منه الضمان الى المالك يكون بالطريق الاولى والفرق
بين اداء الضمانين ان ملك المشترى ثبت مطلقا بسبب مطلق وهو الشراء بخلاف الغاصب
لانه سبب ضرورى وكان الملك فيه ناقصا بخلاف مالوادى الغاصب الضمان لم يصح اعتاق مشتر
منه وان صح بيع الغاصب باداء الضمان كما فى بعض الشروح ولكن صرح فى الهداية بان
اعتاق المشترى يصح باداء الغاصب الضمان فى الاصح فحينئذ لافرق بينهما ومشى عليه شارحه
العينى (قوله فاجاز المالك بيع الغاصب جاز عتقه عند ابى حنيفة وابى يوسف) واعلم ان هذه
المسئلة من مسائل جرت المحاورة بين ابى يوسف ومحمد فيها حين عرض عليه الجامع الصغير
حيث قال مارويت لك عن ابى حنيفة ان العتق جائز بل انه باطل فقال بل رويت لى انه
جائز فاثبات مذهب ابى حنيفة فى صحة العتق بهذا لايجوز لتكذيب الاصل الفرع صريحا
واقل ماهنا ان يكون فى المسئلة روايتان عن ابى حنيفة قال الحاكم الشهيد هذه رواية محمد
عن ابى يوسف ونحن سمعنا من ابى يوسف انه لايجوز عتقه كما فى الفتح (قوله كاعتاق المشترى

من الراهن) حيث يتوقف وينفذ باجازة المرتهن وقوله اذاقضى اى الوارث الدين بعده وكذا اذا ابرأه الغرماء كما فى الشروح (قوله اى لايجوز بيع المشترى من الغاصب) ثم الظاهران يفسر بلم يجز كما هو مقتضى المقابلة وكلمة من متعلقة بلفظ المشترى كما يقتضيه المقابلة ايضا وايضا لابأس لارجاع الضمير الى الذات المقيد بقيام القرينة تدبر وقوله بعد ما اجاز الخ الصواب باجازة المالك بيع الغاصب كما يقتضيه المقابلة وعبارة المصنف يقتضى ان لايجوز بيع المشترى من الغاصب بعد كونه ملكا للغاصب باجازة مالكه وليس المراد كذلك (قوله فاذا طرأ اى الملك البات على ملك موقوف لغيره) وهو المشترى الثانى لان بيع المشترى من الغاصب ينعقد موقوفا ولايذهب عليك انه طرأ ملك بات وهو ملك الغاصب باداء الضمان على المشترى منه الموقوف ولم يبطله لان ملك الغاصب ضرورى ثبت لاداء الضمان فلم يظهر فى ابطال ملك المشترى منه هذا زبدة ما فى الهداية والكافى وكثير من الكتب ولكن قال الاسترو شنى ونقله عنه العمادى رأيت فى موضع آخر انه ان ضمنه قيمة يوم الغصب جاز بيعه وان ضمنه قيمة يوم البيع لم يجز انتهى (قوله بغير امره) اى بغير ان يعلم اذنه وهذا القيد معتبر فى صورة كما وقع فى الجامع الصغير وهو واقع الحال ولافائدة فى تعميم الصورة بحذف هذا القيد كما لايخفى (قوله على اقرار البايع الخ) اطلقه ولكنه مقيد باقراره قبل البيع اذا التناقض التام انما يوجد فيه فان اقدام المشترى على الشراء ينافى هذا الاقرار فيرد برهانه عليه بخلاف ما اذا برهن على اقراره بعد البيع ان البايع او المولى لم يأمره بالبيع فيقبل برهانه كذا فى النهاية وتمام تحقيق توزيع البرهان وتنويعه فيه (قوله اذا قدامهما على الشراء) اى على شراء المشترى او المراد على الشراء للمشترى ولاخفاء ان للبايع اقداما على شرائه ولا مقتضى لخطأ هذه العبارة وان وقعت فى الكافى على العقد كما هو الاظهر ولو اريد بالشراء اشتراء المشترى وبيع البايع لانه من الاضداد بقرينة تعلق قوله على الشراء بقوله اقدامهما مرادا منه العقد على طريق عموم المجاز لا على عموم المشترك لكان وجها حسنا كما لايخفى (قوله لم يضمن البايع) اى لمن اقر بالغصب منه هذا عند ابى حنيفة وهو قول ابى يوسف اخرا وكان يقول اولا يضمن وهو قول محمد بناء على ان غصب العقار عند محمد يتحقق وعندهما لا (قوله ولابد من اقامة البينة) اى لابد لذلك الغير وفاعل يأخذها عائد اليه والظاهر ان يظهر عند قوله لابد كما قلنا ويضمر فى قوله لم يقم وتحرير المصنف ضعيف لان وقوع الاسم الظاهر رابطا فى غير مقام التفخيم ضعيف عند المحققين كما لايخفى (قوله اذ لاتأثير للادخال فى البناء) فى ذلك الطرف الاخير متعلق بقوله لاتأثير اى فى عدم ضمان البايع قيل اريد بالدار العرصة بقرينة الادخال وقيل فائدة هذا القيد ليعلم حكم غيره بالاول فحينئذ لايكون ذكره حشوا بلا فائدة

﴿ باب السلم ﴾

لما ذكر انواع البيع من مطلق ومقايضة لم يشترط فيها قبض فى المجلس بقى منها نوعان شرط فيهما القبض وقدم السلم لان الشرط فيه قبض احدهما فيكون منزلة مفرد من مركب وترقيا من اقل الى اكثر (قوله وهو مشروع بالكتاب الخ) حق التحرير ان يذكر هذا الكلام بعد قوله باب السلم ثم يؤتى قوله هو لغة الخ وشرعا الخ كما هو ديدن الشراح وقد خالف المصنف ديدنهم فى اول كتاب البيوع كما خالفه هنا (قوله والبيع بثمن مؤجل) عطف على السلم وكذا قوله وتأجيله (قوله وهى قوله عليه السلام) حين قدم المدينة وهم يسلفون فى الثمار السنة والسنتين والثلث من اسلم الحديث كما فى الفتح والمنبع (قوله ويأباه القياس) قيل بل هو على وفق القياس ومصلحة الناس فكونه

مقيسا على بيع اجل فيه الثمن اولى من جملة من قبيل بيع معدوم لايقتدر على تسليمه عادة ورد بان السلم نفسه بيع المعدوم وهو خلاف القياس الجلى اذ المبيع هو المقصود من البيع والمحل لوروده فانعدامه يوجب انعدام البيع بخلاف الثمن فانه وصف ثبت فى الذمة مع صحة البيع فقد تحقق البيع شرعا مع عدم وجود الثمن فافترقا ثم كونه معدوما لايقتدر على تسليمه عادة ليس هو معتبرا فى مفهوم السلم عندهم حتى يكون من قبيل البيع الفاسد بل هو عقد على خلاف القياس اذن فيه الشرع لمصلحة الناس وعليه كلام ترجمان القرآن ابن عباس رضى الله تعالى عنه حيث قال اشهد ان السلف المضمون الى اجل مسمى قد احله الله فى الكتاب واذن فيه قال الله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى الآية هذا ملخص ما فى الفتح وغيره (قوله ولم نستدل بماروى الخ) اراد به رد صاحب الهداية ومن تابعه من الشراح ولكن قال الكمال المحقق فى فتحه ان لفظ الحديث على ما ذكره المصنف غريب وان كان فى شرح مسلم للقرطبى ما يدل على انه عثر عليه بهذا اللفظ واختار كونه حديثا مركبا والتفصيل فيه فظهر انه لم يكن ساقط الاعتبار فى مقام الاستدلال ولذلك اتى به صاحب الهداية والكافى على ان ما اتيا به نص فى رخصة السلم وجواز عقده بخلاف ما اتى به المصنف فانه استدلال باشارة النص حيث انه نص على شرائطه فيكون هذا اشارة الى جواز المشروط فالاتيان بمقام الاستدلال بما هو نص اولى مما هو الاشارة كما لا يخفى (قوله وشرعا بيع الشئ الخ) اشار به الى ان لفظ السلم ليس بشرط فى انعقاد عقد السلم كما قال به زفر وعيسى بن ابان وضعف ابن الهمام مذهبهما وصحح ابن النجيم مذهب الائمة الثلثة وعليه اختيار المصنف والدليل على ان البيع اسم جنسه وان السلم داخل تحت ماروى عن النبى عليه السلام انه نهى عن بيع ماليس عند الانسان ورخص فى السلم يعنى نهى عن بيع ماليس عند الانسان عاما وخص السلم بالرخصة فدل ان السلم بيع ماليس عند الانسان لبستقيم تخصيص عن عموم كما فى المنبع (قوله والذرع وكذا المعدود المتقارب كما فى الشروح) وعليه كلام المصنف فى عد الانواع فان قلت المذكور فى الحديث انما هو الكيل والوزن وقد عرفت ان السلم على خلاف القياس فلايقاس عليهما غيرهما فينبغى ان لايصح فى المذروع والمعدود قلت الحاق المذروع والمعدود بالمكيل والموزون اما بدلالة النص لاشتراكهما معهما فى علة التسوية فى التسليم واما بان محل الورود التمر الكيلى فلما زاد عليه السلام الوزن افاد عدم الاقتصار عليه وان شرط صحة السلم كون المسلم فيه مضبوطا على وجه يمكن تسليمه من غير افضاء الى المنازعة فشمل الحديث على كلا التقديرين الانواع الاربعة ومن ذلك يتفرع على هذا التحقيق جواز اسلام المكيل بالوزن وعكسه فى الصحيح كما سبق وسيجئ (قوله كالمكيل واواسلم فى مكيل وزنا اوعكس) روى الطحاوى عن الاصحاب جوازه اذ الشرط ضبط القدر ولانفى الربوا اذ المؤدى عين الواجب حكما فى باب السلم فيكون بدلا عن رأس المال ولاربوا بينهما و روى الحسن عدم جوازه وقدسبق ان الفتوى على الاول (قوله فلايجوز فيها السلم) بان اسلم دراهم فى دنانير او بالعكس اواسلم الدراهم فى الدراهم والدنانير فى الدنانير وعدم جواز هذه الصور بالاتفاق واما اسلام نحو الحنطة فى دراهم اودنانير فحكى صاحب الهداية فيه خلافا قيل يبطل وهو قول عيسى بن ابان وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل وهو قول ابى بكر الاعمش وكثير رجح الاول وصححه ابن الهمام رجح الثانى وميل العبد الفقير اليه اذ فيه تصحيح تصرف العاقلين مهما

امكن تدبر (قوله والعددى المتقارب) ذكر في المحيط ان السلم كما يجوز عددا في العد ود يجوز
كيلا ووزنا وفي المنح ثم لا خلاف بين علمائنا الثلثة ان السلم في العددى المتقارب كالجوز والبيض
جائز كيلا او عددا وعن زفر روايتان في رواية انما يجوز فيه السلم عددا وفي رواية لا يجوز اصلا
لا عددا ولا كيلا ولا وزنا (قوله واللبن) وفي الخلاصة شرط ذكر المكان الذي يعمل فيه اللبن
وقيل لا يشترط كما في المحيط وعليه اطلاق المصنف (قوله والطرى حين يوجد) قيد به لانه
قد ينقطع عن ايدى الناس ففي هذا الوقت لا يجوز وعن ابي حنيفة انه لا يجوز في السمك اصلا
لانه لحم كذا في الكافي وذكر في الذخيرة هذا في كبار السمك واما الصغار منه فالسلم جائز فيه
وزنا معلوما او كيلا معلوما طريا كان او مالحا (قوله كالحيوان) اطلقه فشمل الآدمى وغيره
لتفاوت آحاده ظاهرا وباطنا وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان فشمل
باطلاقه العصافير وان لم يكن فيها تفاوت لان الاعتبار في المنصوص عليه لعين النص
لا للمعنى كذا في الكافي فان قيل السمك الطرى مخصوص من عموم الحيوان فجاز في العصافير
قياسا على السمك لقلة التفاوت قلنا انما يتم لو شرط حياة السمك وليس كذلك بل كيف ما كان حتى
او شرط ذلك كان لنا ان نمنع صحة السلم فيه كما في الفتح وايضا ان العصفور وان كان من
العدديات المتقارية الا انه بمعنى المنقطع مما لا يقتنى ولا يحبس للتوالد وقد يمكن اخذه وقد لا يمكن
ولا رجحان لامكان الاخذ فيبقى العبرة للانقطاع بخلاف السمك الطرى فان امكان اخذه راجح
فيقوم ذلك الامكان مقام الوجود في ايدى الناس فيبقى العبرة لامكان وجوده كما في المنح
والمقدسي (قوله واللحم هذا عند ابي حنيفة) وقالا يجوز ان بين جنسه ونوعه وصفته وموضعه
كلحم ضأن خصى ثنى سمين من الجنب او الظهر مائة رطل وبه قال الشافعي وفي العيون
والحقائق والفتوى على قولهما لان اللحم موزون في عادة الناس مضبوط الوصف ببيان هذه
الاشياء فظهر ان المصنف اختار غير ما هو المفتى به ولكن صرح في الهداية بان قوله هو
الاصح فتبع المصنف به وذكر في التنشيف ان اقراض اللحم جائز عندهما وعند ابي حنيفة
فيه روايتان (قوله حتى ان بين) ولو قدر بالوزن في الكل جاز كما في الفتح (قوله من حين العقد
الى حين المحل) بكسر الحاء مصدر ميمى من الحلول قيد بهما لانه لو انقطع فيهما او فيما
بينهما لم يجز لانه غير مقدور التسليم بتوهم موت المسلم اليه فيحل الاجل وهو منقطع فيتضرر
رب السلم كذا في الشروح وعبارة المصنف في الشرح يوهم ان الانقطاع في بعض
وقت الاجل لا يقتضى الفساد وليس كذلك فاللائق ان يقول بان لم يستغرق وجوده جميع
الوقت الخ وحده ان لا يوجد في الاسواق التي يباع فيها وان وجد بالبيوت كما في الذخيرة
والمراد اسواق اقليم وقع فيه السلم كما في مبسوط ابي اليسر (قوله والقدر نحو كذا كيلا) ويجوز
كيلا ووزنا في عصير وخل ولبن وفي الدقيق بهما كما في الظهيرية (قوله واقله شهر في الاصح)
وعليه الفتوى كما في المنح والكافي قال ابو الحسن الكرخي ينظر الى عرف الناس في تأجيل مثله
فيتبع هذا في رواية وينظر الى مقدار ما يمكن تحصيل المسلم فيه في رواية عنه وصحح صدر الشهيد
هذه الرواية وقال الكمال المحقق ان ذا وهذا جديران لا يصححا لانه ينفتح في كل منهما باب المنازعات
بخلاف المقدار المعين من الزمان اقول ما صححه صدر الشهيد جدير ان يصحح لان من الاشياء
ما لا يمكن تحصيله في شهر وان لم ينقطع وجوده وعليه التعليل في مثله كما لا يخفى (قوله لا يصح
عنده ويصح عندهما) ورجح قول الامام بان اشتراط بيان قدر رأس المال مروى عن ابن عمر و

وقول الفقيه من الصحابة مقدم على القياس وبانه قد ينفق بعضه ويجد بما فيه عيبا فيرده
ولا يستبدل غيره في المجلس فيفسخ العقد في قدر المردود ولم تعلم قدره فيجب التحرز عنه
وان كان موهوما وبانه قد يعجز عن المسلم فيه بعد هلاك رأس المال فيحتاج لرده مع جهله فيقع
النزاع كما في الشروح (قوله واجمعوا على ان رأس المال الخ) وجهه ان بالاشارة يحصل بيان
الجنس والنوع وبعض صفته من الغلظ والرقة والسمن والعجف وبه يتبين قيمة القيمي والعقد
لا يتعلق بمقداره ولا ينقسم الثمن عليه فجهله لا يؤدى الى جهل المسلم فيه هذا فلا يرد عليه
الاشكال بما يقال انه ينبغي بيان قيمته لانه عند عجزه عن المسلم فيه يحتاج لردها وهي مجهولة فيؤدى
الى النزاع (قوله ومكان ايفاء ما لحمله مؤنة) الحمل بالفتح الثقل والمؤنة الكلفة اى ماله ثقل يحتاج
في حمله الى ظهر او اجرة حمال كما في المغرب وقيل هو ما لا يكون رفعه بيد واحدة واشتراط هذا
عند ابي حنيفة اما عندهما فان شرطا مكان الايفاء صح وسلم فيه والاصح ايضا ويتعين مكان
العقد له ان لم يكن فيه حرج وان كان كما في ان اسلم وهما في لجة البحر او في رأس الجبل فانه يجب
في اقرب الاماكن التي يمكن فيها كما في المقدسي ورجح صاحب الهداية هنا قول الامام وعليه
كلام المصنف حيث لم يتعرض الى قولهما (قوله وهو الاصح) وهو رواية كتاب الاجارات من
اصل المبسوط وهو قول ابي حنيفة ورواية عنهما وفي اظهر الروايتين عنهما يجب تسليمه
في موضع العقد لانه موضع الالتزام كما في المنبع وهو رواية كتاب البيوع من الاصل ورواية جامع
الصغير كما في الفتح ولكن صحح الاول فيه وفي غيره وذكر فيه ايضا ولو عين مكانا قيل لا يتعين
وقيل يتعين وهو الاصح وبه قال الشافعي واحد ذكره في التحفة (قوله كذا الثمن) يعني
الاختلاف في المسائل الثلاثة ايضا كالاختلاف في اشتراط مكان ايفاء المسلم فيه الذي له حمل
مؤنة هذا اختيار شمس الائمة وهو الصحيح وقيل لا يشترط بيان مكان ايفاء الثمن بالاتفاق كما في المنبع
(قوله ولا وجوب في الحال) تحقيق هذا المحل ان تعين مكان العقد اما بالتعيين صريحا
ولم يوجد اوضرورة وجوب التسليم عليه في الحال كما في القرض والغصب ولم يوجد اذ السلم
لا يصح الا مؤجلا فاستوت الاماكن كلها لايفاء ما ليس له حمل مؤنة كما لا يخفى (قوله قبل
الافتراق) لم يقل في المجلس لان القبض فيه ليس بشرط حتى لو عقدا السلم ولم يغب احدهما
عن صاحبه يوما او يومين ثم سلم رأس المال صح التسليم كما في الخزانة وبالجملة توارى احدهما
عن عين الآخر يفسده حتى لو لم تكن الدراهم حاضرة فدخل المنزل ليخرجها وتوارى عن
المسلم اليه بطل والا لا كما في الخانية (قوله لزيادة غرس او بناء) متعلق بقوله شرط والضمير
في نصيبه عائد الى الصاحب وتقييد الزيادة بالغرس او البناء ونحوهما من الشرب والطريق
بناء على انه واقع الحال وليس في اطلاقها بيان المراد فضلا ان يكون في التقييد ايهام خلاف
المقصود مع ان ذكر الغرس والبناء ليس للحصر كما لا يخفى (قوله لوقوع السلم صحيحا) اى
في الكل كما في الشروح اذ قبض رأس المال شرط بقاء العقد على الصحة لا شرط انعقاده
صحيحا كما في الكافي وقوله حتى لو نقد رأس المال اى كله في المجلس اى قبل الافتراق صح اى بقي على
صحته (قوله فلان فيه) ولان رأس المال اخذ شبها بالمبيع ولهذا لو باع رأس المال بعد العقد قبل
القبض لا يجوز اما لو دفع اليه اردى او اجود منه برضاء المسلم اليه جاز لانه جنس حقه فلم يكن مستبدلا
كما في المنبع والابراء عن رأس المال لا يجوز بدون قبول رب المال لان قبضه شرط صحة السلم فان قبل
انفسخ العقد كما في البدايع وفي المقدسي تفصيل هذا (قوله والتصرف فيه قبل قبضه لا يجوز)

والهداية قبض عند محمد خلافا لابي يوسف (قوله بان يقول رب السلم) اى لا آخر للمسلم اليه (قوله اونحوهما) وهو المرابحة والوضيعة وقوله وانما خصهما بالذكر يعني تصريحا ولو باع رب السلم المسلم فيه من المسلم اليه باكثر من رأس المال لم يصح كلا او بعضا ولا يكون اقالة كما في القنية واووهبه منه قبل قبضه وقبل الهبة لم يصح وكان اقالة وعليه رد رأس المال كما لو ابرأه كلا او بعضا وفي البحر الرائق تفصيل هنا (قوله حتى يقبضه كله) بنصب يقبض اشار به الى ان قبض رب المال رأس المال في مجلس الاقالة لم يجب بخلاف بدل الصرف فانه يجب قبضه قبل الافتراق في الاقالة كما في عقده وايضا يجوز الاستبدال عنه قبل القبض والفرق مذكور في ايضاح الكرماني والمنبع واراد بالاقالة الانفساخ بعد الصحة ولو لمعنى عارض كما اذا اسلم ذمي الى ذمي في خمر ثم اسلما اواحدهما قبل قبض الخمر فبطل السلم وانفسخ ووجب رد رأس المال لا يجوز لرب السلم الاستبدال بخلاف ما اذا كان فاسدا في الاصل ولزم رده جاز الاستبدال كما في البدايع ثم استقامة تفريع هذه المسئلة على ما قبلها بناء على تعميم اطلاق عدم التصرف قبل القبض لاصل العقد والاقالة والمعنى لا يتصرف لا بعد العقد ولا بعد الاقالة في رأس المال الخ ولما نزل الاقالة وهي بيع من وجه منزلة اصل العقد واخذت حكمه صح التعليل بتعليله ولم يتعرض في الاقالة المسلم فيه لانه ساقط فلا حكم للساقط تدبر (قوله اشترى كرا) قيد بالشراء اشارة الى انه لو ملك كرا بارث اوهبة او وصية او اقتراض اونحو ذلك وامر رب السلم بقبضه فاكتاله مرة صح وبالكر اشارة الى انه لو اشترى المكيل مجازفة وامر الخ صح ايضا لانه لم يوجد الا عقد واحد بشرط الكيل والمراد بالكر المكيل وهو تمثيل وكذا الموزون في هذا الحكم وكذا المعدود المتقارب ولكن قال في البيانية فيه روايتان واشار بقوله لم يصح الى انه لم يدخل في ضمان رب السلم حتى لو هلك في يده هلك من مال المسلم اليه كما في العناية (قوله وان امره ان يقبضه الخ) شرح على طريق المفهوم من المتن اذ المراد بقبضه قبض مرة لان الفصل لا يقتضي التكرر ثم ذكر هذه المسئلة في المتن فيما بعد تصريح بما علم ضمنا وذا في الكتاب غير قليل اذ لم يقصد المصنف فيه غاية الايجاز فلا يكون كل منهما تطويلا بلا فائدة وقوله لاجتماع الخ تعليل للمفهوم والمنطوق وقوله بشرط الكيل حال من الصفقتين او صفة بجعل اللام للجنس اومتعلق به باعتبار ان الصفقة مصدر في الاصل والمراد شرط الكيل ووجوده في كل منهما وهما صفقة بين المسلم اليه وبايعه وصفقة بين رب المسلم والمسلم اليه (قوله يعني ان لم يكن) اى الدين سلما وكان قرضا فاشترى المقترض كرا فامر مقرضه الخ والقرض صورة اخرى وهي لو كان الدين سلما فاقترض المسلم اليه كرا من شخص ولم يقبضه وامر رب السلم بقبضه منه قضاء لحقه صح لان عقد القرض لا يوجب الكيل والوزن ولهذا لو استقرض من آخر حنطة اونحوها جاز له ان يتصرف فيها قبل القبض كما في البحر وغيره ولو قال المصنف وصح لو قرضا لشمل الصورتين وكان ملايما للمقام (قوله ولو امره رب المسلم) لم يذكر المأمور به ومقتضى السباق هو قبض المسلم فيه له والسياق قرينة على ان المراد قبضه لرب السلم بان يكيل المسلم فيه في ظرف رب السلم ولذلك قدره بهذا ولبس فيه هجنة حتى يعد عدم الذكر غير مستحسن وفائدة التقييد بغيبة رب السلم انه لو كان حاضرا صار المسلم اليه قابضا سواء كان الظرف له اوللبايع اومستأجرا صرح به الفقيه ابو الليث كما في البيانية والتقييد بظرف الآمر ليس للاحتراز بل ليفهم حكم ما لغيره بالطريق الاولى ولذلك سوى بينهما في البدايع اقول

ولوقال فكال ولوفى ظرفه لكان اظهر واولى (قوله اوامر المشترى الخ) اقول هذه المسئلة استطرادية اوردها لكونها نظير المسئلة المعطوف عليها ولذلك ترك قيدا وهو غيبة المشترى اذ هو مراد فيختلف الحكم لحضوره كما فى المعطوف عليها وترك جواب الشرط فى حقها وهو ولم يكن قبضا حوالة الى فهم المتعلم وترك تعليلها وهو ان المشترى استعار ظرف البايع ولم يقبضه فلا يكون الواقع فيه فى يد المشترى واما التعليل المذكور فهو للصورة الاولى كما لا يخفى (قوله كيل العين ثم كيل الدين الخ) حاصله خلط الدين بملك المشترى اشار بذلك كونه قابضا فيما لوكان فى ظرف رب السلم طعامافكال فيه وهو غائب وهو قول بعض المشايخ وفى قول بعض آخر لم يصر قابضا والاول هو الاصح كما فى المبسوط (قوله وامر المقرض) اى قبل قبضه فزرع المقرض اياها فى ارض المستقرض يصير قبضا له وكن دفع الى صايغ خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف دينار صح وصار قرضا وقبضا كما فى الفتح وغيره (قوله وعندهما بالخيار الخ) هذا ماذكر فى الهداية والكافى ولكن خص قاضيخان صحة قبض العين فقط واشتراك الخالط والمخلوط بينهما بقول محمد اما عند ابى يوسف يصير قابضا للعين والدين كما فى صورة البداءة بالعين (قوله وعليه قيمتها يوم قبض) وانما اعتبر يوم القبض لانه سبب الضمان (قوله والصحة) اى صحة انشاء عقد الاقالة فى الثانية (قوله بخلاف الشراء) خصه بالذكر لان العقد لوكان صرفا صحت الاقالة بعد هلاك البدلين او احدهما لان المعقود عليه فيه ما وجب فى ذمة كل منهما وذا لا تقبل الهلاك ولذا لوكان المقبوض قائما لم يتعين للرد بعد الاقالة (قوله فالقول للمسلم اليه) اى بالاتفاق وهو قول لشافعى كما فى الهداية والكافى وفتح القدير والمتعنت من ينكر ماينفعه وقوله زائدا على رأس المال عادة يعنى وان شرط كون المسلم فيه رديا (قوله وبالجملة القول فى الصورتين) اقول فيه بحث لانهما لم يخالفا الامام فى صورة التعنت وانما خالفاه فيما لوكان مدعى الشرط رب السلم والمنكر المسلم اليه لما سبق آنفا التنبيه عليه وهكذا التفصيل فى اصل الاجل يعنى لوسلبه رب السلم كان القول للمسلم اليه بالاتفاق ولوسلبه المسلم اليه كان القول لرب السلم عنده استحسانا وللمسلم اليه عندهما وهو القياس وقول الامام هو الراجح كما فى اكثر الشروح ثم لو اختلفا فى قدر الاجل فالقول قول رب السلم مع اليمين ولا تحالف فيه خلافا لزفر واى برهن فى الكل قبل وان برهنا قضى ببينة المسلم اليه لاثباتها الزيادة ولو اختلفا فى مضيه فالقول قول المسلم اليه والبينة بينة ايضا كما فى شرح الطحاوى (قوله ومن هذا الجنس بهذه الصفة بكذا) اشار به الى ان للاستصناع شرائط منها بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته لانه مبيع وكونه معلوما انما يحصل بهذه الاشياء وبيان ثمنه كذلك (قوله باجل كان يقول الى شهر مثلا) اطلاق الاجل بالنظر الى الاستصناع وتفسيره بشهر مثلا بالنظر الى كونه سلما فان كونه سلما انما هو بضرب مدة يضرب بها فى السلم بل يشترط عند الامام جميع شرائط السلم من قبض رأس المال قبل الافتراق وغيره اما لوذكر المدة بما دون الشهر لم يصر سلما فى قولهم جميعا كما فى المنبع وقيل لوذكر مدة يمكنه فيها افراغه فهو استصناع ولوكان اكثر فهو سلم كما فى الفتاوى المنصورية (قوله صح بيعا) اى صح الاستصناع وكذا اذا كان آجلا اقل من شهر كما فى البرجندى (قوله والصحيح اى من المذهب انه) اى الاستصناع يصح بيعا لان محمدا ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لايجريان فى المواعدة ولانه انما جوزه فيما فيه تعامل ولوكان مواعدة جاز فى الكل وايضا انه سماه شراء كما فى فتح القدير (قوله كما ذهب اليه ابوسعيد الخ) قيد للمنفى وهكذا قال الصفار ومحمد بن سلمة

وصاحب المنشور فعندهم انما ينعقد البيع بالتعاطي اذا جاء به معروفا عن العمل ولهذا يثبت لكل منهما الخيار وعند الجمهور انه بيع وهو الصحيح لماسبق وذكر (قوله فتصح بيعه قبل رؤية الآمر) قيد به اذلو رآه ورضي به لم يكن للصانع بيعه اتفاقا كما في البرجندي والضمير المجرور عائد الى الصانع لو المصدر مضافا الى الفاعل والى المبيع لو مضافا الى المفعول (قوله ولم يصح اي السلم) صوابه اي الاستصناع لان قوله الا باجل يقتضيه كما يقتضيه تصوير المسئلة

﴿مسائل شتى﴾

(قوله والسباع) عطف العام على الخاص فيراد ماعداه وهو الذئب والاسد والنمر ونحوها اطلق صحة بيع كل منها فشمل المعلم وغيره وعن ابي يوسف انه لايجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به وذكر السرخسي انه لو كان بحال يقبل التعليم يجوز بيعه والافلا وقال هذا هو الصحيح من المذهب وهكذا التفصيل في الاسد وفي الخلاصة بيع القرد وجميع المحرمات يجوز لانه ينتفع بجلدها سوى الخنزير وعليه اطلاق المصنف وفي الحاوي للزاهدي نقلا عن الحاوي الكبير ان بيع الكلب يجوز ويحل ثمنه ويضمن متلفه سواء كان منتفعا به اولا وهكذا البازي ونحوه ولا يجوز بيع الحداءة والرخمة وامثالهما ولايضمن متلفهما ويجوز بيع ريشهما وفي القنية برمز (عج طم) اشترى ثورا اوفرسا من خزف لاستيناس الصبي لايصح ولايضمن متلفه وبرمز (طت) صح ويضمن متلفه (قوله لانه مال الخ) وفي فتح القدير والانتفاع بالكلب للحراسة والاصطياد جائز اجماعا لكن ينبغي ان لايتخذ في داره الا ان خاف لصوصا اواعداء للحديث الصحيح من اقتنى كلبا الاكلب صيد اوماشية نقص من اجره كل يوم قيراطين انتهى (قوله وميتة لم تمت حتف انفها) وهي المنخنقة والموقوذة اي التي جرحت في غير موضع الذبح وذبائح المجوسي فانها كالخنزير هذا عند ابي يوسف وقال محمد هي والميتة حتف انفها سواء كما في كشف البزدوي ولاقيمة لهما عند احد كما في المقدسي ولم يستثنها في الهداية والكافي ترجيحا لقول محمد وكلام المصنف على ترجيح قول ابي يوسف وعد صاحب الذخيرة بيع المنخنقة ونحوها من البيع الفاسد لا الباطل على ترجيح قول ابي يوسف وذكر صاحب الهداية في التجنيس انانحكم بجواز بيع المنخنقة ونحوها اذا وقع بينهم لانها مال عندهم كالخمر واطلق عن الخلاف فظهر ان مااختاره المصنف هو المرجح كما لايخفى (قوله وفرع على قوله والمسلم فيه كالذمي) هكذا في النسخ والصواب والذمي فيه كالمسلم ومثل هذا من سبق القلم من غير روية (قوله فاذا اشترى عبدا مسلما الخ) قيد بالشراء لانه اذا اعتقه صح مجانا واذا دبره جاز وسعى في قيمته كما لو استولد امة مسلمة ويوجع ضربا لوطئه مسلمة وان كاتبه جاز ولايلزم عليه فان عجز اجبر على بيعه وقيد بشراء المصحف لانه لو وقفه هل يجوز قال صاحب البحر الرائق ولم ارحكم وقف الكافر المصحف وقال المقدسي ينبغي ان يجوز (قوله وزوجها قبل قبضها صح) ولكن لونقض البيع بطل النكاح عند ابي يوسف خلافا لمحمد قال الصدر الشهيد والمختار قول ابي يوسف وقيد البطلان المذكور القاضي الامام ابو بكر بما اذا لم يكن بالموت فلوماتت الامة قبل القبض لايبطل النكاح وان بطل البيع كما في فتح القدير اقول ثمرته لزوم المهر على الزوج وانت خبير بان موت الزوج ينبغي ان يكون هكذا كما لا يخفى (قوله اشترى شيئا الى قوله والا بيع العبد) اقول وضع المسئلة على لفظ يعم المنقول والعقار لان القاضي لم يجز له ان يبيعهما من غير فرق بينهما اذا علم مكان المشتري وانما جاز له بيع المنقول اذا لم يعلم مكانه صرح به شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه والسغناقي في نهايته والمراد بالعبد في عبارة المصنف

المنقول عبدا كان اوغيره صرح به فى شروح الهداية واتى بالظاهر مكان الضمير ثانيا اشارة الى ان هذا الحكم انما يختص بهذا النوع وهو المنقول لا على العموم السابق والضمير عين المرجع بخلاف الظاهر مقام الضمير ووقوعه مقامه فى نكتة من فصيح الكلام صرح به فى محله فظهر ان كلا من قوله شيئا واظهار العبد محل الضمير فى غاية محزه ولله در مشكر الله سعيه ومن حكم بان قوله شيئا سهو من قلم الناسخ وبان الظاهر ان يقول والا بيع باضمار الفاعل بعيد عن مراحل التحقيق وحقيق ان يقال فى حقه * وكم من عائب قولا صحيحا * وآفته من الفهم السقيم * (قوله فغاب) اى قبل القبض ونقد الثمن (قوله اى دين البايع) وهو ثمن المبيع على المشترى (قوله لامكان ان يصل الخ) بذها به اليه (قوله اى وان لم يعلم مكانه) وقد برهن على بيعه وعدم قبض ثمنه هذا هو المراد باعتبار حكم العطف وهذا البرهان لكشف الحال لا للقضاء على الغائب والخصم الحاضر ليس بشرط فى مثله وقوله وادى الثمن اى ثمن المبيع وما فضل يحفظه للغائب وما نقص يرجع البايع به الى الغائب اذا ظفر به كما فى الشروح (قوله فللحاضر دفع كل الثمن الخ) استفيد منه ان الحاضر ليس بمتبرع فى دفع حظ شريكه وان البايع يجبر على قبول ما دفع كما يجبر على تسليم كل المبيع وان الحاضر يرجع عليه بحظه وانه يحبسه عنه اذا حضر الى ان يستوفى حقه وهذه خمسة احكام قال به ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وخالفهما ابو يوسف فى الكل كما فى الشروح (قوله تنصفا بمثقال ودرهم وزن سبعة) وكذا هذا الانقسام فى كل ما يقر به من المكيل والموزون والمعدود والمذروع قرضا اوسلما اوغصبا اووديعة اومهرا او بدل خلع اووصية اوكفالة اونحوها ومنه ما لو قال على كر حنطة وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل جنس كما فى فتح القدير (قوله قبض زيفا الخ) قيد به لانه لو كان ستوقة اونبهرجة فتلفت يرد مثلها ويرجع بالجياد بالاتفاق وقيده بعدم العلم لانه لو علمه عند القبض كان قضاء بالاتفاق كما سبق من المصنف قبيل باب خيار الشرط وقوله فهو قضاء عند ابى حنيفة ومحمد وهو القياس وقول ابى يوسف هنا استحسان ذكره فخر الاسلام وغيره وظاهر الهداية على ترجيح قولهما وفهم ابن نجيم من ظاهر ما ذكره فخر الاسلام وغيره رجحان قول ابى يوسف اقول بل الارجح هو قول ابى يوسف بناء على ما صرح به فى اصول الفقه من ان الاستحسان اذا قابل القياس يرجح الاستحسان عليه الا فى مواضع وهى ست مسائل او سبع على ما نقله صاحب الكشف الكبير عن شيخه واحدى عشرة مسئلة على ما ظفر به سراج الدين الهندى بالنقل عن الامام الناطفى وثلث عشرة مسئلة على ما ظفرت به فى بعض شروح البزدوى فى بحث شرط فى حكم السبب وما نحن فيه ليس من هذه المواضع على ما تتبعت افراد هذه المسائل فيها وقد سبق فيه منا بعض التفصيل قبيل باب خيار الشرط (قوله وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه الخ) يعنى له ان يرد الخ اذا اراد تدارك حقه فى الوصف كما فى الفتح وغيره (قوله ولا بايجاب ضمان الاصل) لانه ايجاب له عليه ولا نظير له اى فى الشرع اجيب عنه من طرف ابى يوسف بان هذا الايجاب باطل الا اذا افاد فحينئذ يجوز كمن اشترى مال مضاربته اوكسب عبده المأذون المديون كما فى الفتح والفائدة هنا تحصيل الجياد برد الزيوف (قوله فان جميع تكاليف الشرع الى قوله لاجل نفع كثير) يريد بالنفع اعم من الدنيوى والاخروى ففى بعضها دنيوى وفى بعضها اخروى وفى بعضها كلاهما ففى التجارات والمعاملات ونحوهما دنيوى وفى الصوم والصلوة ونحوهما اخروى وفى نحو النكاح كلاهما

ولا تخصص في عبارة صدر الشريعة بالاخروي فمقصوده وجدان النظير في الشرع بايجاب شيء
لنفع له سيما عند ارادة تحصيله هذا على ان حق العبد غالبا لاحتياجه على حق الله تعالى
لاستغنائه فاذا كلف العبد بضرر لحق الله تعالى فلتحصيل حق نفسه بالطريق الاولى فظهر
ان هذا الاستحسان قوي اثره ينبغي ان يقدم على القياس ولذلك ذهب اليه ابو يوسف وقد
عرفت آنفا ان هذا ليس مما يرجح عليه القياس فلهذه الدقة هنا ضعف صدر الشريعة
قولهما ورجح قول ابي يوسف ضمنا فينبغي ان يرجح الافتاء والقضاء عملا بقوله عند طلب المشتري
رد مثل زيوفه واخذه الجياد وظهر ان كلام صدر الشريعة هو الاوفق لاصول هذا
الفن كيف وان يغفل عنها (قوله كان للآخذ لارب الارض) اطلقه ولكنه مقيد بان لم
يعدها صاحب الارض للاصطياد بان حفر فيها بئرا ليسقط فيها او اعد مكانا للفراخ ليأخذها
كما في فتح القدير ومقيد بما في صيد الذخيرة و شرح الطحاوي وغيره من ان هذا لو كان صاحب
الارض بعيدا ما لو كان قريبا منتظرا للاصطياد فالصيد له و عامة الشروح خالية عن القيد
الاخير فالظاهر منها كون الصيد لصاحب الارض بعد عدادها قريبا كان او بعيدا منها
ومن جنس هذه المسائل لو اتخذ في ارضه حظيرة للسمك فدخل الماء والسمك ملكه ولو لحاجة
اخرى فدخل فهو لمن اخذه كما في الفتح وذكر في المنتقى رجل نصب حبالة فوقع فيها صيد
فاضطرب وقطعها وانفلت فجاء آخر واخذ الصيد فالصيد للآخذ ولو جاء صاحب الحبالة
ليأخذه فلما دنا منه بحيث يقدر على اخذه فاضطرب وانفلت فاخذه آخر فهو لصاحب الحبالة
والفرق ان صاحب الحبالة وان صار اخذا له الا انه في الاول بطل الاخذ قبل تأكيده
و في الثاني بطل بعد تأكيده وكذا صيد البازي والكلب اذا انفلت على هذا التفصيل انتهى
(قوله يملكه تبعا لارضه) استئناف لبيان ان معسل النحل خلاف ما ذكر ولذلك وقع في اكثر
الشروح بالفاء لكونه فرع قوله بخلاف ما اذا عسل الى آخره (قوله ولا يصح تعليقه بالشرط)
اظهر في مقام الاضمار لكون المراد الاطلاق (قوله واجازته فيما باع فضولي) قال صاحب البحر
كل شيء لا يصح تعليقه بالشرط اذا انعقد موقوفا لا يصح تعليق اجازته به لما في البزازية وغيره
انه لو زوج بنته البالغة بلا رضاها فقالت اجزت ان رضيت امي بطلت الاجازة اذ التعليق يبطل
الاجازة اعتبارا بابتداء العقد (قوله والقسمة) بان كان للميت دين على الناس فاقتسموا التركة
من الدين والعين على ان يكون الدين لاحدهم والعين للباقين فهي فاسدة و بان اقتسموا دارا
وشرطوا رضاء فلان فانه يفسد الاقتسام كما في العيني (قوله والاجارة) بان اجار دارا على
ان يقرضه مثلا فانه لا يجوز ويفسد العقد وكذا لو استأجر حانوتا احترق على ان يعمره و يحسب
ما ينفقه من الاجرة يفسد عقد الاجارة فعليه اجر المثل وله ما انفقه واجر مثل قيامه عليه
واشتراط تطيين الدار و مرمتها او ادخال جذع فيها على المستأجر مفسد للعقد وسيأتي في
بابه (قوله والرجعة بان قال لمطلقته رجعية) راجعتك على ان تقرضيني كذا (قوله فلا يجوز
تعليقه بالشرط) يريد به ان الرجعة تبطل بالتعليق به اشار بهذا انها لا تبطل بالشرط الفاسد
كما في الكافي لحاكم الشهيد وغيره وهكذا النكاح لانه اصلها فذكرها هنا او بناء على انه لا يصح
تعليقها بالشرط فقط كما هو الظاهر فينبغي ان يذكر النكاح ايضا هنا الا انهما لم يناسب ان
يعدا من قبيل ما يبطل بالشرط الفاسد و لو نظرا الى انهما لم يبطلا بالشرط الفاسد كان
ينبغي ان يعدا مما لا يبطل به اقول ان يعدا من هذا القبيل هو الاولى لان المنصوص عليه في ذلك

النوع بعدم البطلان بالشرط الفاسد فقط فيكون ماهو منه اعم من ان يبطل بالتعليق اولا فيكون ذكر المصنف الرجعة في افراد مايبطل بالشرط الفاسد ولايصح تعليقه بالشرط غير الانسب الا انه لم ينفرد في ذكرها هنا بل ذكرت كذلك في الخلاصة والبزازية والعمادية وجامع الفصولين فمن حكم بان الصواب ان يذكر الرجعة في النوع الثاني لم يصب كمن حكم بان الصواب ان يذكر النكاح في النوع الاول اذ قد عرفت ان لكل من الذكرين مناسبة يدفع الخطاء الا ان الانسب ان يذكر في الثاني كما لايخفى (قوله والصلح عن مال بمال) بان قال صالحتك على ان تسكنني في الدار سنة مثلا او ان قدم زيد. (قوله والابراء عن الدين) بان قال ابرأتك عن ديني بشرط ان تخدمني شهرا او ان قدم فلان ومن فروع عدم صحة التعليق للابراء ما في المبسوط لو قال الطالب للخصم ان حلفت فانت برئ فهذا باطل لانه تعليق البراءة بخطر وهي لاتحتمل التعليق قيد بالدين لان الابراء عن الكفالة يصح تعليقه بشرط ملايم كان وافيت به غدا فانت برئ من المال وهو قول البعض واختاره ابن الهمام معللا بان المحقق على الكفيل المطالبة فكان ابراؤه اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لايرتد بالرد (قوله حتى لو قال لمديونه مال بمن بده فقال بشريك توداده ام فقال المدعى اكرداده بيزار شدم از تو وداده است الخ) وفي البزازية قال المديون دفعت الى فلان فقال الداين ان كنت دفعت اليه فقد ابرأتك والحال انه دفعه صح الابراء لانه تعليق بامر كائن ومن فروع صحة التعليق بكائن ما في جامع الفصولين ولو قال لمديونه الدنانير العشرة التي لي عليك ان اعطيتني منها خمسة وهبت منك خمسة صح الابراء سواء اعطاء الخمسة اولا اذ هو تنجيز الابراء لان اداء الخمسة يجب حالا فلايكون هذا تعليق الابراء بشرط تعجيل الخمسة ولو مؤجلة بطل الابراء اذا لم يعطه الخمسة حالا اعلم ان الابراء صح تقييده بالشرط لاتعليقه به ذكره الزيلعي في آخر كتاب الصلح (قوله وعزل الوكيل) بان قال لوكيله عزلتك على ان تهديني شيئا او ان قدم فلان وفي كلام المصنف اشارة الى انه ممالايصح تعليقه بالشرط فقط كما في الرجعة فلايبطل بالشرط الفاسد لان الوكيل يتمكن من عزل نفسه بحضر من الموكل بغير شئ فالوكالة باقية لفساد العزل وذكر في جامع الفصولين ان العزل لايصح تعليقه ويفسد بفساده في رواية وفي الخلاصة في رواية الطحاوى وفي البزازية تعليق عزل الوكيل بالشرط يصح في رواية الصغرى ولايصح في رواية السرخسي يدل عليه انهم قالوا ان الذى يبطل بالشرط الفاسد ماكان من باب التمليك والعزل ليس منه اقول هذا هو الظاهر فالمناسب الحاقه بالنوع الثاني (قوله والاعتكاف) بان قال نويت ان اعتكف عشرة ايام لوجه الله تعالى بشرط ان اخرج عنه في اى وقت شئت بحاجة او بغير حاجة او بشرط ان لااصوم وتعليقه بالشرط بان يقول نويت ان اعتكف عشرة ايام ان شاء الله تعالى والمراد ان نفس الاعتكاف لايعلق بالشرط فيترتب لزومه على وجود الشرط كالطلاق والعتاق لانه ليس مما يحلف به عرفا وعادة فلايناقض هذا قولهم في باب الاعتكاف كما في الخانية الاعتكاف سنة مشروعة يجب بالنذر والتعليق بالشرط والشروع فيه اعتبارا بسائر العبادات انتهى نظيره ان الوقف لايصح تعليقه بالشرط ولكن لو علق نذره به صح كما في الواقعات رجل ذهب له شئ فقال ان وجد فلله على ان اقف ارضي على ابناء السبيل فوجده وجب عليه ان يقف لان هذا نذر والوفاء بالنذر واجب انتهى فظهر وجه عد الاعتكاف من هذا النوع وبعد فيه تأمل (قوله والمزارعة) بان قال زارعتك ارضي على ان تقرضني كذا او ان قدم

فلان ومن الشرط انه لايفسد شرطه فيه ولايفسده على ماسيجئ في بابها ثم ان الشرط لو
في صلب العقد لو ازيل لاينقلب العقد جائزا والاعاد جائزا (قوله والمعاملة) اى المساقاة بان
قال ساقيتك شجرى اوكرمى على ان تقرضنى كذا وان قدم فلان (قوله والاقرار) بان قال
لفلان على كذا ان اقرضنى كذا او ان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به ايضا فلايصح
تعليقه بالشرط بخلاف تعليق الاقرار بموته او بمجئ الوقت فحينئذ يجوز ويحمل على انه فعل
ذلك للاحتراز عن الجحود اودعوى الاجل فيلزمه للحال كما في العناية (قوله والوقف) بان وقف
دارا بشرط ان يكون له اصلها او بان لايزول ملكه عنها كان الوقف باطلا كما في الاسعاف
وتعليقه بالشرط بان قال وقفت دارى ان قدم زيد لانه مما يحلف به وهكذا في فتح القدير
والتبيين والبزازية وقد صرح قاضيخان بان الوقف لايبطل بالشروط الفاسدة وظاهر جامع
الفصولين ان في صحة تعليق الوقف روايتين وصرح في الاستروشنية بان في كون الوقف من
جملة مالايصح تعليقه بشرط وفي ان يبطل بفاسده روايتين بخلاف النذر به لانه يحتمل التعليق
ويحلف به لماسبق آنفا وبخلاف شرط الاستبدال فانه صحيح على المفتى به كما في البحر وشرح
المقدسي (قوله والتحكيم) بان قال المحكمان لرجل حكمناك ان شاء الله تعالى او قالا لعبد
اوكافر اذا اعتقت اواسلمت فاحكم بيننا وتعليقه بالشرط بان قال احكم بيننا ان رضى فلان
اوقدم فلان هذا عند ابى يوسف واما عند محمد يجوز تعليقه بشرط واضافتـه الى زمان
كالوكالة والقضاء وفي الخانية من القضاء الفتوى على قول ابو يوسف (قوله ومالايبطل به)
اى بالشرط الفاسد اعتبار الوصف في مرجع الضمير بناء على قرينة المقابلة اذ قد صرح
في محله ان الضمير انما يراد به ذات المرجع وهو الفارق بينه وبين اسم الاشارة ومثل هذا عند
قيام القرينة لا بأس به فلا يعد نقصا فلا يجب عليه ان يذكر الشرط الفاسد هنا بالاظهار
ويظهر مماذكر ان لافرق بين ان يرجع الى الشرط المطلق او المقيد على ان القرب لورجح
بالقرب يرجح البعيد باعتبار المقابلة وهذا الاعتبار راجح فيراد بالضمير الشرط الفاسد تدبر
كما لايخفى (قوله القرض) كاقرضتك المائة بشرط ان تخدمني شهرا فالشرط باطل والقرض
صحيح ومثال الهبة قول الواهب وهبتك الامة بشرط ان يكون حملها لى وقول امرأة لزوجها
وهبتك مهرى بشرط ان لاتطلقنى فقبل الزوج صحت الهبة طلقها اولم يطلق هذا بخلاف
ما اذا قالت لزوجها وهبت مهرى منك على ان لاتظلمنى فقبل صحت الهبة فان ظلمها كان المهر
عليه على حاله على القول المفتى به لما تقرر الفرق بين الشرطين وتمام تحقيقه في الشرح الوهبانى
ومثال الصدقة قول المتصدق تصدقت هذا بك بشرط ان تخدمنى يوما والفقير يملكه بالقبض
ولايلزم عليه الخدمة ومثال النكاح قول المتزوج تزوجتك على ان لايكون لك مهر فالنكاح
صحيح والشرط فاسد ويجب مهر المثل ومثال الطلاق قول القائل طلقتك على ان لاتتزوجى
غيرى ومثال الخلع قوله خالعتك على ان يكون لى الخيار مدة كذا ومثال العتق قوله اعتقتك
بشرط ان يكون لى الخيار او ان لاتتزوجى مثلا فالشرط باطل والكل واقع ومثال الرهن قوله
رهنت عندك عبدى ان هلك هلك بغير شئ صح رهنا وبطل الشرط ومثال الايصاء قوله
لك مائة درهم على ان يكون وصيا عنى فهو وصى والشرط باطل والمائة وصية له اى لاتكون
في مقابلة الايصاء بل يكون وصية له ان قبلها ومثال الوصية ماذكر في الخانية في كتاب الوصايا
رجل اوصى لام ولده بثلث ماله ان لم تتزوج فقبلت ذلك ثم تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان

فانها تستحق الثلث بحكم الوصية انتهى مع ان الشرط لم يوجد بخلاف ما ذكره العيني في التمثيل بان قال اوصيت لك بثلث مالي ان اجاز فلان فانه مثال تعليقها بالشرط والكلام ليس في جوازه وعدمه بل في انها لاتبطل بالشرط الفاسد (قوله والشركة) مثالها قوله شاركتك على ان تهديني كذا ثم في كون الشرط مندرجا في العقد اومتبرعا فرق لما في شركة البزازية من انه لوشرط العمل على اكثرهما مالا والربح بينهما نصفين لم يجز الشرط والربح بينهما اثلاثا ولما في الذخيرة من انه اشترى حطبا في قرية شراء صحيحا وقال موصلا بالشراء من غير شرط في الشراء احمله الى منزلي لايفسد العقد لان هذا ليس بشرط في البيع بل هو كلام مبتدأ بعد تمام العقد فلايوجب فساده فما في البزازية من قبيل مانحن فيه حتى لوتبرع العمل بعد العقد يكون من قبيل ما في الذخيرة وبهذا يعرف كثير من المسائل ومثال المضاربة قوله ضاربتك في الف على النصف بشرط ان يكون النفقة على المضارب اذا خرج على السفر بطل الشرط وجازت المضاربة ومثال القضاء قول الخليفة وليتك قضاء مكة على ان لاتعزل ابدا ومثال الامارة قوله وليتك امارة الشام على ان لاتركب فالشرط فيهما فاسد والقضاء والامارة لاتفسدان (قوله والكفالة) مثالها كفلت به على اني بالخيار عشرة ايام اواكثر تصح بخلاف البيع لان مبناها على التوسع ومثال الحوالة احلتك على فلان بشرط ان لاترجع على عند التوى ونص النسفي ان الشرط ان لم يتعارف تصح الكفالة والحوالة وتبطل الشرط ومثال الوكالة قوله وكلتك بشرط ان يكون لي نفع فيما تصرفته بحسب الوكالة ومثال الاقالة اقلتك عن هذا البيع بشرط ان يكون الثمن كذا وهو اقل من الثمن الاول صحت الاقالة ووجب الثمن الاول ومثال الكتابة قد ذكره المص على التفصيل (قوله الا اذا كان الخ) استثناء من الكتابة (قوله قال الزيلعي الكتابة انما تفسد الخ) هكذا في النسخ ولكن سقط من قلم الناسخ كلمة لا كما لايخفى (قوله ويبطل الشرط) فله ان يخرج من البلد ويعمل ماشاء من انواع التجارة مع اي شخص شاء (قوله قيد الشرط في الاول) اي في قوله وانها تبطل بالشرط الفاسد وقوله دون الثاني وهو قوله الكتابة بشرط متعارف يصح واراد بالبعض قاضي سماونة صاحب جامع الفصولين حيث اعترض عليهما فيه (قوله بشرط ان يوقت بشهر) وان يتجر في نوع كذا فالشرط باطل فيعم الاوقات وسائر التجارات (قوله اوصالح) اي الولي معه اي القاتل عمدا عليه اي على ان لا تقيم في هذه البلدة اوعلى شئ آخر وهو ان يقرضه او يهدي اليه فالشرط فاسد ويسقط الدم لانه من الاسقاطات فلا يحتمل الشرط ومثال الجراحة الخ صالحه عنها بشرط اقراض شئ او اهدائه واطلق القصاص فيشمل الحال والمؤجل (قوله والصلح عن جناية الغصب الخ) هذه مسائل ثلثة لم تذكر في بعض الكتب ووجهه ان هذا الضمان في الحقيقة ضمان شرط فيه شئ والضمان كفالة وقد ذكر واحكمها (قوله وانما لم تبطل هذه التصرفات بالشرط الفاسد) قيد بالفاسد لان بعضا من هذا القسم يجوز بالشرط الملايم وسكت عن عدم صحة تعليقه بالشرط فان بعضا منه يجوز تعليقه بشرط ملايم والتفصيل في البحر الرايق وسيجئ من المصنف التنبيه على مايجوز تعليقه بالشرط في بحث مايصح اضافته الى المستقبل (قوله ووجهه ماذكر من قوله واما فسخها فمعتبر بها الخ) وقوله وبعد ذلك نقل الخ قيل فيه لانه قبل ذلك اقول ليس المراد ببعد في مثل هذا المقام الزمان المؤخر ولا المكان المؤخر بل هو بمعنى غير (قوله لوقال آجرتك داري هذه رأس كل شهر بكذا جاز في قولهم) هذا صورة الاضافة الى زمان مستقبل ولذلك

جاز في قولهم والمراد جواز هذا العقد لا لزومه في كل شهر يجيء فلا يخالف ما سيجيء في باب الاجارة من قوله آجر دارا كل شهر بكذا صح في احد فقط وفي كل شهر سكن في اوله كما لا يخفى (قوله ولو قال اذا جاء رأس الشهر الخ) هذا صورة تعليق الفسخ بالشرط قال قاضيخان وكما لا يجوز تعليق الاجارة بمجيء الشهر عند عامة المشايخ لا يجوز تعليق فسخها به انتهى فاذا ثبت الفرق بين الاضافة والتعليق وعليه كلام المصنف فيما سبق حيث عد الاجارة من القسم الذي لا يصح تعليقه بالشرط ظهر ان لا مخالفة بين صحة اضافته فسخ الاجارة الى المستقبل و بين ماذكر في الفوائد من قوله ولو قال اذا جاء الخ وظهر ان اللايق على المصنف ان يذكر فسخ الاجارة مع الاجارة فيما سبق ولكن بقي المخالفة بين صحة اضافة فسخها الى المستقبل كما هو المذكور في المتن و بين عدم صحتها كما هو مختار ظهير الدين اقول قال في الفتاوى الظهيرية ولو قال فسخت الاجارة التي بيننا رأس الشهر الثاني جاز لان اضافة الاجارة جائزة فكذا اضافة الفسخ وبعضهم قالوا وعليه الفتوى انتهى ومن هؤلاء البعض القاضي فخر الدين خان غاية الاختلاف في التصحيح والترجيح والرجحان لما قيل في حقه وعليه الفتوى وقد سبق غير مرة على ان صاحب الخلاصة نقل عن الفتاوى الصغرى احد العاقدين اذا قال لاخر فاسخت هذه الاجارة رأس الشهر صح بالاجماع ولو قال اذ جاء رأس الشهر فقد فاسختك يصح ايضا وهو اختيار شيخ الاسلام شمس الائمة السرخسي ونقل ايضا انه لو قال اذا جاء غد فاجرتك هذه الدار او قال آجرتك هذه الدار غدا وعن ابي بكر الاسكاف انه يصح ولا فرق بين اللفظين ولا يعد هذا تعليق الاجارة بخطر لانه وقت يجيء لا محالة قال الفقيه ابو الليث وبقول ابي بكر نأخذ انتهى فظهر ان العمل بما في المتن و ان لا فرق بين اضافة الاجارة واجارة فسخها و بين تعليقهما اذا كان المعلق عليه شيئا كائنا لا محالة تدبر (قوله فان تصرف المضارب والوكيل) فيه لف وقوله قبل العقد والتوكيل نصب على الظرفية نشر على ترتيب اللف وقوله في مال المالك و الموكل متعلق بقوله تصرف ونشر على ترتيبه ايضا وقوله كان الخ خبر ان والمستكن فيه عائد الى اسم ان وقوله فهو عائد الى المالك واراد بالمالك هنا اعم من الموكل والمقام قرينة عليه وهذا اولى من اعتبار المقايسة وعده ساقطا من قلم الناسخ وقوله فتكون اي كل واحدة من المضاربة والوكالة اسقاطا فتقبل التعليق الظاهر الاضافة وانت خبير بان ما يقبل التعليق يقبل الاضافة بالطريق الاولى دون العكس فسامح لافادة قبولهما التعليق وهكذا الكلام في قوله والوقف فان تعليقه وفيه افادة اخرى وهي ان الوقف مما يقبل التعليق مع انه عده فيما سبق مما لا يقبل وقد سبق ثمه تفصيل ان فيه روايتين فيكون هذا من المصنف اشارة الى اختلاف الرواية كما لا يخفى ﴿باب الصرف﴾ تقدم وجه تأخيره في السلم ووجه آخر ان الثمن في البياعات يجري مجرى الوصف والمبيع مجرى الاصل ولذا توقف جواز البيع على وجود المبيع والقدرة على التسليم وصحة الاقالة على بقائه ولم يجز الاستبدال قبل القبض والثمن يخالفه في هذه الاشياء فناسب تأخيره عن ذكر الاصل (قوله ولا يطلب منه الا الزيادة) يعني باعتبار جودة احد البدلين حقيقة او عند احد العاقدين او سمي به هذا العقد لعدم جواز الزيادة في احدهما تسمية للشيء باسم ضده كتسمية الاعمى بالبصير (قوله اي ما خلق للثمنية كالذهب والفضة) فسره بهذا واطلقه فيدخل فيه بيع النقد او المصوغ بالمصوغ او النقد منهما اذا تقابلا جنسا يمنع الزيادة والنسيئة وغير جنس يمنع النسيئة (قوله لزم التساوي) اي وزنا والتقابض اي بالبراجم

لا بالتخلية كما فى فوائد القدورى يريد بها البدكما فى الفتح (قوله صح) اى صح عقد الصرف وذكر فى التاتارخانية عن السراجية ان التفرق المعتبر كون احد العاقدين بحيث لايراه الآخر وفى البدايع انه لونادى احدهما صاحبه من وراء جدار اومن بعيد لم يجز لتفرقهما ابدانهما وفى المقدسى انه اذا فسد الصرف بالتفرق قبل القبض هل يتعين المقبوض للرد اظهر الروايتين تعينه كالغصب (قوله فالتقابض) اى قبل الافتراق دون التساوى ثم التقابض شرط بقاء العقد على الصحة فى المختار لاشرط انعقاده صحيحا كما هو مذهب بعض المشايخ وقد اشار محمد الى كل منهما كما فى الذخيرة ويدل على المختار قول الفقهاء فان تفرقا قبل القبض بطل فلولا انه انعقد لما بطل بالافتراق كما فى معراج الدراية وثمرة الاختلاف تظهر فيما اذا ظهر الفساد وفيما هو صرف فهل يفسد فيما ليس بصرف عند ابى حنيفة فعلى المختار لايتعدى وعلى غيره يتعدى كما فى فتح القدير وعلى ما فى البرجندى المختار مذهب ابى حنيفة وغير المختار مذهب زفر (قوله ولايتعينان الخ) لما مر تحقيقه ان حكم النقود عدم التعين فى عقود المعاوضة وفسوخها (قوله حتى اذا الى قوله جاز) فرع على قوله ولا يتعينان وقوله جاز اى كل من الصور الثلث (قوله ويفسد بخيار الشرط والاجل قيد بهما لانه لوتفرقا ولاحدهما خيار عيب اورؤية جاز لان خيار العيب لا يمنع الملك فكان القبض الذى يحصل به التعيين ثابتا فيصح العقد ولا كذلك الاجل وخيار الشرط فهذا هو الفرق بين هذه الفصول كما فى الذخيرة (قوله ويصح الصرف ان اسقطا فى المجلس) يشير به الى ان من له الخيار لوقبض فى المجلس لايصح العقد مالم يسقط خياره بقوله اوفعله وهكذا حال من له الاجل على ماهو ظاهر كلام المصنف وفيه لان من له الاجل لوسلم فى المجلس من غير اسقاط الاجل يجوز العقد ان لم يوجد الاسقاط كما فى المنبع اقول يمكن ان يقال ان تسليم من له الاجل فى حكم اسقاطه كما لايخفى (قوله ظهر بعض البدل زيفا الخ) هذا عندنا واما عند مالك انتقض العقد فى كله بناء على ان الفساد يسرى ولايتجزى وذكر فى البدايع ان استحق احد بدلى الصرف بعد الافتراق فان اجاز المستحق والبدل قائم اوضمن العاقد وهو هالك جاز الصرف وان استرده وهو قائم اوضمن القابض قيمته وهو هالك بطل الصرف انتهى ولو وجد احدهما اوكلاهما دون الافتراق زيفا اوستوقا فحكمه فى جميع ابوابه الاستبدال والبطلان كرأس السلم كما فى الفتح وتفصيل هذه المسئلة على اختلاف بين علمائنا ذكره صاحب المنبع فى فصل السلم فليراجع اليه (قوله لايتصرف فى ثمن الصرف) اى فى احد بدليه قبل قبضه بهبة ولاصدقة ولاابراء فان فعل واحدا من ذلك وقبل الآخر بطل الصرف لتعذر وجوب القبض وان لم يقبل لايبطل لان كلا منهما سبب الفسخ فلا ينفرد به احدهما بعد صحة العقد كما فى الفتح (قوله لانه واجب الخ) والضمير فى لانه عائد الى القبض وفى تجويزه الى التصرف وفى فواته الى حق الله تعالى اورد عليه ان فساد الصرف حق الله تعالى وفى فواته الى حق وصحة بيع الثوب حق العبد فيقدم حق العبد لاحتياجه وتفضله تعالى بذلك اجيب بان ذلك بعد ثبوت الحقين ولم يثبت حق العبد بعد لانه يفوت حق الله تعالى بعد تحققه فيمتنع لانه يرتفع والتقديم فيما اذا ثبتا فيرتفع احدهما فضلا كما فى الفتح (قوله طوق ذهب) اضافته بيانية وقوله قيمة كل الف درهم صفة لقوله امة وطوق ذهب انما تعرض للقيمة بناء على ان الطوق قوبل بخلاف جنسه لان الثمن حينئذ ينقسم عليهما على قدر قيمتهما واما اذا قوبل بالجنس فحينئذ يعتبر القدر والباقى بالامة قل اوكثر وانما صور المسئلة بطوق

ذهب لئلا يقع الافراط فى تصويرها لو صورت بطوق فضة فان وضع هذا المقدار فى العنق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب بل الاصل حينئذ انه اذا بيع نقد مع غيره بنقد من جنسه لابد ان يزيد الثمن على النقد المضموم اليه (قوله ولو نقد الفا) يعنى فى المسئلة السابقة يريد به انه لو وقع العقد على ان كل الثمن نسيئة الا ان المشترى سلم الفا قبل الافتراق فحينئذ يصح العقد لارتفاع الفساد قبل تقرره هذا هو المراد فيظهر منه انه لو وقع العقد مطلقا من قيد بالنسيئة او الحال فى ثمنه فنقد الفا قبله فصحته تكون بالطريق الاولى (قوله بان يجعل المقبوض فى مقابلة الفضة) هكذا فى النسخ والظاهر الذهب لان التصوير عليه وهكذا الكلام فى قوله وثمن الفضة ومنشاء سبق القلم كون التصوير فى الهداية على الفضة وشروحه مأخذ شرح المصنف وقد كثر قلة اهتمامه فيه وقد سبق التنبيه عليه غير مرة اوهو تنبيه على ان تقييد الطوق بالذهب قيد اتفاقى اذ لافرق بين التقييد به و بالفضة فى امثال هذه المسئلة ثم الحكم بصحة العقد فى الوجهين الاخرين انما هو بتحكيم ظاهر حالهما والظاهر يجب العمل به اما لو صرح فقال خذ هذه الالف من ثمن الجارية فالظاهر حينئذ عارضه التصريح بخلافه فاذا قبضه ثم افترقا بطل فى الطوق كما اذا لم يقبضه كما فى الشروح (قوله فيحمل عليه) اى فيحمل قوله من ثمنهما على ثمن الذهب حاصله ذكر الشيئين على ارادة احدهما وذا جائز فى اللغة مجازا عند قيام الدليل وهوهنا وجوب اداء ثمن الطوق قبل الافتراق وعليه قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وانما يخرجان من الملح دون العذب و قوله عليه السلام لمالك بن الحويرث وابن عمه اذا سافرتما فاذنا واقيما والمراد احدهما ونظيره فى الشرع ان المحرم للحج لو طاف طواف الصدر ولم يطف طواف الزيارة ينتقل الى طواف الزيارة ليكون الاتيان بالحج على وجه الصحة والخروج عن عهدة الفرض كما فى المنبع وغيره (قوله او اشتراها بالفين) وفى النسخ اذا اشتراها اى الامة التى معها طوق ذهب فيكون من قبيل وضع الضمير موضع اسم الاشارة وذا جائز عند قيام القرينة صرح به فى محله (قوله اذا باع سيفا حليته خمسون بمائة) قيد بزيادة الثمن عن الحلية لانه لو كان مثل الحلية اواقل منها او لم يدر لم يصح العقد فيها للربوا اولاحتماله كما فى الشروح (قوله وكان المقبوض حصة الحلية) اورد هذا الكلام مع افادة قوله فهو حصتها ليبتنى عليه قوله وان لم يبين الخ نعم لو بنى على قوله فهو حصتها كان اوجه ثم لو قال خذ هذا من ثمن الجفن والنصل ينظر ان تخلص بلا ضرر بالبايع يبطل الصرف بالافتراق قبل القبض ويجوز بيع السيف وان لم يتخلص بلا ضرر فالمنقود يقع عن ثمن الصرف ويجوز البيع والصرف جميعا كما فى المنبع (قوله وكذا اذا قال خذ هذا من ثمنهما) اى هذا المنقود وهو خمسون والمراد هذا بقرينة قوله فى المتن ونقد خمسين ولبس فى تعبير المصنف حزازة حتى يكون الصواب ان يقول خذ هذه الخمسين (قوله فان لم يتقابضا الخ) مسئلة مستقلة متفرعة على قوله ونقد خمسين لانه قيد يعتبر وعدمه يقتضى ذلك وقوله بطل العقد فى الحلية لا فى السيف لانه يمكن تسليمه بغير ضرر ولم يسر فساد العقد فى الحلية الى فساد العقد فى السيف لانه انعقد صحيحا فيهما وانما طرأ الفساد فى الحلية بالافتراق كما لا يخفى (قوله واما السيف فلانه الخ) تحقيقه ان بعض المبيع اذا كان شيئا آخر ولم يتخلص عنه يجعل الكل شيئا واحدا اولا يفرد البعض بالحكم فى البقاء كما فى الابتداء كالسيف المحلى حيث لم يصح افراد السيف بدون الحلية بالبيع ابتداء وكذا بقاء بخلاف مسئلة الابريق فان نصفه كما يصح بيعه ابتداء يصح

بقاء كذا فى تنوير تلخيص الجامع (قوله صح فيما قبض) اى فى قدر من الاناء قبض ثمنه وقوله فيما وجد شرطه وهو القبض قبل الافتراق وقوله فالفساد طار اى بعد صحة العقد فى الكل بناء على ما هو المختار من ان القبض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الانعقاد على وجه الصحة وهذا هو المراد من قوله لانه يصح ثم يبطل بالافتراق اى يصح العقد فى الكل ثم يبطل فيما لم يوجد شرطه وهو القبض بالافتراق فلا يشيع الفساد فى الكل ثم لا يتخير واحد من المتعاقدين لان عيب الشركة جاء بفعلهما وهو الافتراق بلا قبض بخلاف مالو استحق بعض الاناء فان عيب الشركة لم يحدث حينئذ بصنع المشترى كما فى الفتح (قوله بعض قطعة نقرة) اضافة كل من البعض والقطعة بيانية اى استحق بعض هو قطعة من نقرة اى فضة غير مضروبة (قوله وبيع كرار الخ) هذه المسئلة اتى بها استطرادا لمجرد دخل الشافعى وزفر فيها ايضا بعلة مقابلة الجملة بالجملة بعينها لان كلامنا فى الصرف وذا ليس منه كما لا يخفى (قوله وعند زفر والشافعى لا يصح الخ) وقولهما قياس ومذهبنا فيه استحسان كما فى الشروح (قوله المقابلة المطلقة تحتمل الصرف المذكور) اى صرف الجنس الى خلافه يؤيده انه لو صرح فى المقابلة بان يكون الجنس بخلاف الجنس صح بالاتفاق فلولا الاحتمال لما صح التفسير وقد وجد دليل يوجب هذا الصرف وهو ظاهر عقلهما ودينهما لان الظاهر من العاقل المتدين مباشرة الصحيح من العقود دون الفاسد والصحة فى هذا الصرف فيحمل عليه فظهر ان فى مذهبنا دقة هنا كما هو شان الاستحسان (قوله اصل التصرف) وهو ثبوت الملك فى الكل بمقابلة الكل وذا حاصل اى باق بعد تغيير وصفه وهو بطلان الشيوع (قوله بان يكون عشرة بعشرة الخ) يريد به ان فى هذه المسئلة صرف الجنس الى الجنس وصرفه الى خلافه وبهذا تفترق عن المسئلة السابقة واما الآتية فمن قبيل صرف الجنس الى الجنس وانما اوردها هنا لان كونها من هذا القبيل انما هو بسقوط اعتبار الجودة بحسب الشرع واما بحسب الظاهر ان العلة يحتمل ان يكون الدراهم المغشوشة كالدرهم النبهرجة والستوقة فعلى هذا لا يكون تفاوتا فى الوصف بل فى القدر كذا فى المنافع وقد ذكرنا مسئلة وهى انه لو باع فضة بفضة مثلا ومع اقلهما شئ يساوى فى القيمة زيادة طرف الآخر او اقل بقدر يتغابن فيه صح البيع بلا كراهة وان لم يساو صح مع الكراهة وان كان مع الاقل نحو التراب مما لا قيمة له لم يصح كذا فى الكافى والهداية ويظهر منه ان صورة بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين صحيح مع الكراهة كما يقتضيه الاصل الكلى والتفصيل فى الفتح اذا عرفت هذا فما يتداول فى الدولة العثمانية من بيع قرش واحد بثمانين درهما عثمانيا لم يجز لزيادة القرش ولو كان مع الدراهم نحو فلس جاز مع الكراهة فالواجب على المحتاط تسويتهما وزنا او يكون قيمة ما كان مع الدراهم قدر قيمة الزيادة حتى يخلص عن عهدة الكراهة (قوله وتقاصا العشرة) اى بعد الدفع هذا هو المراد فحينئذ يكون الظاهر الفاء بدل الواو وعليه كلامه فى الشرح واختيار الواو على الفاء فى مثل هذا المحل للتفويض الى ذهن السامع صرح به المولى سعد الله الرومى فى حاشية سورة اذا زلزلت (قوله فتكون التقاص فسخا الخ) وقال فى فتح القدير ونحن نقول موجب العقد عشرة مطلقة تصير متعينة بالقبض وبالاضافة بعد العقد والقبض الى العشرة الدين صارت كذلك غيرانه بقبض سابق ولا يبالى به لحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة وعلى هذا التقدير لا حاجة الى اعتبار فسخ العقد الاول بالاضافة الى العشرة الدين

بعد العقد على الاطلاق انتهى (قوله اذ لولم يحمل عليه) اى على التقاص المذكور لكان استبدالا ببدل الصرف اى قبل قبضه وقد سبق انه لايجوز (قوله اى بالخالص) هكذا فى النسخ والصواب بالغالب كما هو مقتضى التفريع ولان الضميرين فى بعضه ومنه عائدان الى الغالب ايضا ولو لم يرجع الضمير فى به اليه اقتضى التفكيك والضمير فى قوله الاستقراض بها عائد الى الغالب ايضا باعتبار ان المراد به الدراهم والدنانير ولو ثنى لكان له وجه (قوله فيلحق القليل) اى الغش القليل بالرداءة فيجعل الفضة اوالذهب كالردى والواو فى قوله والجيد للحال وفى الردى للعطف (قوله اكثر من المغشوش) الظاهر ان يقال مما فى المغشوش اى من الفضة الخالصة والذهب الخالص وهذا مقتضى التصوير وبه استقامة قوله وغيره اى غير الجنس وهو الغش الى الزائد من الخالص اقول يمكن ان يراد بالمغشوش ما فى الغش من الفضة والذهب و بالغير الغش ولعل هذا مراد المص وعليه قوله فى الآتى وان كان مثله اى مثل الغالب الغش فالحمل على الخطاء فى مثله ناش من قصور النظر او من عدم حسن الظن وذا بس بانصاف (قوله متفاضلا صرفا للجنس الخ) وانت خبير بانه لم يظهر من الكراهة فى صورة بيع درهمين ودينار الخ انه لو لم يساو الغش فى القيمة فضة الطرف الآخر اوذهبه فى هذه الصورة ولم يساو فيها الزائد بعد تساوى الجنسين فى الصورة السابقة لم يخل من الكراهة وان لم تمنع صحة العقد فالمخلص تسوية الطرفين فى بيعه بجنسه وتنقيص الزائد الى ان يساوى قيمة الغش اوالى قدر يتغابن فيه ولو فرض زيادة قيمة الغش على الزائد ينبغى ان لاكراهة تدبر (قوله بشرط التقابض فى المجلس) لانه صرف لوجود الفضة اوالذهب من الجانبين كما هو مقتضى تعميم الغالب فى التصوير وقوله فى الصورتين اى فى بيعه بالخالص وفى بيعه بجنسه متفاضلا وذكر فى الهداية ان مشايخ ما وراء النهر لم يفتوا فى الغالب الغش بيعه بجنسه متفاضلا لكونه رايجا واعز الاموال فى ديارهم حذرا ان ينفتح باب الربوا فى النقود الخالصة فمنع حسما لمادة الفساد اقول ويحتمل ان منعهم ذلك لوجدان الكراهة فى ذلك العقد فحينئذ يكون هذا دليلا لما سبق التنبيه عليه غايته مؤيد له تدبر (قوله لعدم التمييز) اى تمييز الغش عن الفضة والذهب اولانه لايتميز الابضرر (قوله واذا راج لم يتعين) اشار به الى انه لوهلك قبل القبض لايبطل العقد لو رايجا ويبطل ان لم يكن رايجا كما فى المقدسى (قوله فالمبايعة مبتدأ خبره قوله يكون وزنا) اورده بالفاء لانه متفرع على مسئلة الرواج لا انه للترتيب الذكرى وجعل بعض المسئلة اصلا وبعضها فرعا عليها من دأب ارباب المتون فيما يحتمل وهنا كذلك وهذا اولى من تعكيس الترتيب على قصد تعداد المسائل المتناسبة كما فعله صاحب الهداية والكنز كما لايخفى (قوله حتى لايجوز البيع بها) الضمير للمتساوى باعتبار كونه دراهم اودنانير وهكذا الحال فى سائر الضمائر الستة (قوله فيجب اعتبارها بالوزن شرعا) اى فى صورة المبايعة والاستقراض وقوله الاان يشار الخ استثناء عن قوله اعتبارها بالوزن بالنظر اى اشتماله على صورة المبايعة اى لايجب هذا الاعتبار فى المبايعة عند كونها مشارا اليها كما لايجب فيها عند كون الثمن دراهم خالصة كما سبق فى صدر كتاب البيع من قوله وكفى الاشارة الخ (قوله جاز على وجه الاعتبار لكل من الغش والمنضم اليه) من الفضة اوالذهب فصح متساويا ومتفاضلا صرفا للجنس الى خلاف الجنس هذا هو المراد وقوله حتى يكون حرف جر منه عدم الجواز به فاذا وجد المغيا يكون العقد جائزا وما ذكره المصنف هنا هو ماصرح به

فى الكافى والتحفة وعامة الشروح ولكن ذكر فى فتاوى قاضيخان انه ان كان نصفها صفرا
ونصفها فضة لايجوز التفاضل الظاهر انه اراد به فيما اذا بيعت بجنسها وهو مخالف لما ذكر
هنا قال ابن النجيم والمقدسى فى توجيهه ان فضتها لما لم تصر مغلوبة جعلت كان كلها فضة
فى حق الصرف احتياطا اقول وجه آخر فيه انه لما كان الغش فيه محلل التفاضل والفضة
محرمه واجتمعا على التساوى كان الحكم للمحرم كما هو القاعدة عند اجتماع المحلل والمحرم
ثم ظاهر كلام قاضيخان على ان هذا رواية فيكون فيه روايتان واطلاقه يقتضى انه اذا بيع
الخالص به لايجوز التفاضل ايضا كما هو الظاهر على هذه الرواية كما لايخفى (قوله فكسد واحد
منهما) قيد بالكساد مع ان الانقطاع مثله كما فى الفتح اشارة الى ان هذا الحكم فى الانقطاع بالطريق
الاولى لان حد الكساد ان يترك المعاملة فى جميع البلاد وحد الانقطاع ان لايوجد فى السوق
وان كان موجودا فى يد الصيارفة وفى البيوت ولاشك ان الاول لايمنع وجد ان الكاسد فى ايدى
الناس الا انه متروك المعاملة وتفرع على قيد جميع البلاد وانه لوكان يروج فى بعض البلاد لايبطل
البيع لكنه يتعيب اذا لم يروج فى بلد العاقدين فيتخير البائع ان شاء اخذه وان شاء اخذ قيمته
دنانير كما فى الفتح نقلا من العيون (قوله بطل البيع عند ابى حنيفة) وقال ابو يوسف ومحمد
والشافعى واحمد لايبطل لان المتعذر تسليمه بالكساد وذلك لايوجب الفساد فيجب عليه
قيمة الكاسد ولكن عند ابى يوسف قيمته يوم البيع قال فى الذخيرة وعليه الفتوى لانه مضمون
بالبيع وعند محمد قيمته يوم الانقطاع لانه آوان الانتقال الى القيمة وهذا كما اختلفا به فى هلاك
المغصوب وفى المحيط والتتمة والحقايق به يفتى رفقا بالناس اقول ولم ار الآن من يقول برجحان
قول الامام هنا فح يظهر ان المصنف ترك القول المفتى به فيه (قوله فكسدت رد مثلها عند
ابى حنيفة ورد قيمتها عندهما) بى الخلاف على الكساد اذ لوغلت اورخصت فعليه رد المثل
بالاجماع كما فى المنبع واختار ابو الليث فى الكساد ان يكون فى جميع البلدان ولوراجت فى بعضها
دون البعض فعليه رد المثل ثم القيمة عند ابى يوسف قيمتها يوم قبضها وعند محمد قيمتها يوم
كسادها وفى المبسوط جعل قول ابى حنيفة قياسا وقولهما استحسانا وذا ترجيح لقولهما وتأخير
دليلهما فى الهداية ظاهر فى اختيار قولهما كما هو دأبه ثم قال قول ابى يوسف ايسر وقول محمد
انظر للجانبين لان فيما قال ابو حنيفة ضررا للمقرض وفيما قال ابو يوسف ضررا للمستقرض
وذكر فى المحيط وكثير من المشايخ يفتون بقول محمد وبه كان يفتى الصدر الكبير برهان الائمة
والصدر الشهيد وفى الخانيــة وعليه الفتوى وقال فى المنبع وبعض مشايخنا افتوا بقول
ابى يوسف وقوله الى الاصوب اقرب فى زماننا اقول وقد اختلف التصحيح والافتاء بين قوليهما
والارجح قول محمد لما قيل فى حقه وعليه الفتوى فظهر ايضا ان المصنف ترك القول المفتى به
هنا كما لايخفى (قوله اودانق فلوس) عطف على نصف درهم لاعلى درهم يؤيده
تصوير المسئلة فى المنبع بانه اذا اشترى شيئا بدانق درهم فلوس او بقيراط درهم فلوس او بنصف
درهم فلوس يجوز عند علمائنا الثلثة الخ على انه لافائدة لتنصيف دانق او قيراط فى وضع
المسئلة والدانق سدس درهم والقيراط نصف السدس وقوله فلوس فى المواضع الثلثة صفة
لماقبله لامضاف اليه قيد بنصف درهم الخ لانه لوقال بدرهم فلوس اودرهمين فلوس لايجوز
عند محمد وجوزه ابو يوسف فى الكل وهو الاصح كما فى الكافى (قوله فسد البيع فى الكل) اما
فى بيع النصف بنصف الحبة فللربوا واما فى بيع نصفه بفلوس فلشيوع الفساد وهو قوى

لانه فى صلب العقد هذا عند ابى حنيفة واما عندهما جاز فى الفلوس وفسد فيما بقى و نظيره ما اذا جمع بين حر وعبد كما فى الشروح (قوله نصف درهم فلوسا) قوله فلوسا وقع بالنصب والجر فالاول على البدل من المضاف والثانى على البدل من المضاف اليه او هو صفة للمضاف نصبا او المضاف اليه جرا او هو صفة للمضاف نصبا وجرا والجر للجوار (قوله اذ يكون) وصحة هذه المسئلة بالاتفاق وجه صحتها انه لم يصرح بفساد العقد اذ لم يبين للدرهم الصغير حصة من الدرهم الكبير بخلاف المسئلة الاولى حيث جعل بازاء الدرهم الصغير نصف درهم من الدرهم الا حبة وهو ربوا كما فى المبسوط واطلق صحة هذه المسئلة ولكنها مقيدة بان اذا تقابضا قبل ان يفترقا لان فيها صرفا كما فى المنبع اقول لم يقيد به للعلم به مما قدمه (قوله صح) اى البيع فى الفلوس فقط وحكى عن الفقيه ابى جعفر الهندوانى والفقيه المظفر بن اليمانى والشيخ الامام شيخ الاسلام ان ههنا ايضا لا يصح العقد وان تكرر لفظ الاعطاء لان قوله اعطنى مساومة ويتكرر المساومة لا يتكرر البيع ذكره فى المبسوط وما فى المتن هو المختار كما فى فتح القدير وهو الصحيح كما فى العناية والكفاية (تذنيب) اقول هنا تذنيب آخر اذكره تكميلا للفائدة فى باب الصرف اعلم انك وفقك الله تعالى ان وقعة قد تحدث فى الدولة العثمانية وهى تبديل الدراهم الرايجة الزيفة فيمنع بظهور الجديدة الجيدة التعامل بالعتيقة الزيفة وتعاطيها وتكون للجديدة مزية فى الوزن كما فى الجودة لكن العتيقة غالبة الفضة ومن رداءة العتيقة تروج فى زمنها احد نوعى الدرهم الكبير الرومى المسمى بالقرش بمقابلة مائة وعشرة دراهم والنوع الآخر بمقابلة مائة وعشرين درهما والدينار بمقابلة مائتين واربعين درهما فاذا ظهرت الجديدة يمنع تعاطى العتيقة بالثمنية بالمنع السلطانى لرداءتها ذاتا ونقصانها وزنا وينزل الدينار فى زمن الجديدة الى مائة وعشرين درهما والدرهمان الروميان الى ثمانين درهما وسبعين درهما واذا آلت المال الى هذا وقع بين الناس نزاع كثير فى ديونهم الواقعة فى زمن العتيقة فيلزم قطع عرق النزاع من جانب الشرع الشريف حتى سلمت الحال وارتفع من بينهم القيل والقال فافتى اسلافنا من ساداتنا العلماء الذين افتوا بدار السلطنة السنية القسطنطينية المحمية بتنزيل ثلث الدين فبمقابلة دين مائة وعشرين درهما يعطى المديون الداين ثمانين درهما جديدا اوقرشا واحدا كاملا وبمقابلة مائة وعشرة دراهم يعطيه سبعين درهما جديدا او قرشا اسديا وبمقابلة دين مائتين واربعين درهما يعطيه دينارا واحدا او قرشين كاملين مشى هذا الحكم على المنوال المشروح الى ان جاء زمن افتاء استاذنا المرحوم شيخ مشايخ الاسلام اسعد بن شيخ الاسلام ومعلم السلطان سعد الدين نور الله تعالى مضاجعهما وجعل فى فراديس الجنان مساكنهما فلما وقعت حادثة التبديل فى زمن افتائه افتى بان يعطى قيمة الدراهم العتيقة فى زمن العقد من الدينار مثلا لكل مائتين واربعين درهما يعطى دينارا ولم يجوز اعطاء درهما جيدا ولا قرشا لا على ما افتاه المفتى السابق ولا على وجه آخر وصرح بان فى مسلك نفسه سلامة من حقيقة الربوا وشبهته وبان فى مسلك السابق حقيقة الربوا اوشبهته وشيد اركان كلامه على مرتبة حتى قبله علماء العصر بحسن القبول واقتفى اثره من نصب مفتيا بعده كشيخ الاسلام يحيى بن شيخ الاسلام زكريا افندى وشيخ الاسلام حسين الشهيد الشهير باخى زاده جعل الله تعالى سعيهم مشكورا وعملهم مبرورا ثم يقول العبد الفقير اصلح الله شانه وصانه عما شانه ومن الله التوفيق اذ بيده ازمة التحقيق ان ما افتى به اولا صحيح

ايضا مع ان فيه يسر اوتوسيع دائرة لاداء الدين ولايوجد فيه تعذر واما صحته فان الدراهم العتيقة لما كانت رايجة كما يروج القرشان والدينار بمقابلة اعداد مذكورة فى زمن رواجها من غيرفرق فى الرواج بينهن تقرران دين المديون استقر فى ذمته على هذا التفصيل من غيرفرق وصرف الدين الى ماقربه فى الاداء من كل نوع كما صرح الفقهاء بهذا فى صورة استواء رواج الاحادى و الثنائى و الثلاثى فاذا منع تعاطى العتيقة من بينهن فظهور الجديدة و رخص القرشان والدينار بالتنزيل الى ماسبق ذكره نزل الدين كذلك فظهر ان الحكم بتنزيل ثلث الدين الى آخر ماافتى به المفتى السابق حكم على ما استقر فى ذمة المديون و فيه توسيع دائرة و يسر تام اذ للقرشين نصف وربع وثمن فيؤدى المديون من اى نوع قدر ولبس فيه عذر له ولا للدائن ولاتعذر فيه بخلاف ماافتى به ثانيا اذ قدلايكون للمديون دينار وقدلايجد وقديكون الدين او الباقى غير بالغ الى قيمة الدينار فيعسر الاداء ويتعذر مع ان الاثمان الرايجة فى زمن العقد سوى العتيقة باقية على رواجها و لبس فيها كساد و لامنع سوى الترخيص بالنسبة الى الجيدة فمن اين التكليف للمديون باداء الدين بالدينار فقط وقد عرفت وجدان تعسر وتعذر فيه كثيرا فان قلت لبس بين العتيقة مائة وعشرين و بين الجيدة ثمانين مثلا مساواة فى الوزن و العتيقة و ان كانت مغشوشة الا انها غالبة الفضة وجيدها ورديها سواء فى باب الصرف فيلزم المساواة فاذا لم يوجد يلزم الربوا فيمنع الاداء قلت قدسبق الاشارة الى ان الدين لم يتقرر فى ذمته بالدراهم على سبيل الحصر بل انما ذكر الدراهم ليعلم قدر الثمن والدين ومن ذلك كان للمديون الاداء بالقرش او الدينار من غير فرق بينهما و بين الدراهم و لبس للدائن امتناع فى قبضهما بل يجبر عليه فالاداء بالدراهم يكون فى حكم اداء الدينار الدين او القرش الدين بها كما ان الاداء بالدينار او القرش اداء الدين الدراهم به يؤيد هذا ما لو ادى الدين فى زمن رواج العتيقة بالقرش مع انه لامساواة بينهما صح كما صح الاداء بالدينار فظهر ان مايفتى به اولا صحيح على وجه اليسر لاعسرة فيه ولاعذر و لاتعذر فينبغى ان يقبل و يقبل و يعمل به الله تعالى در من افتى به وان مايفتى به ثانيا صحيح ايضا ولكن لا يخلو عن عسرة و تعذر كثيرا نعم لو سلم وجدان الربوا اما حقيقة او حكما فى الاداء بالجديدة اوبالقرش بان لامساواة بينهما وزنا اولايعلم فانه يدفع بضم نحوفلس الى الجديدة او القرش كما لايخفى فظهر انه لبس ينبغى ان يفتى على طريق الحصر والالجاء بان الدين فى زمن العتيقة انما يؤدى بالدينار فى زمن الجديدة لابالقرش ولابالجديدة كما لايخفى وظهر ايضا ان الثمن الرايج فى زمن العتيقة لوكان منحصرا عليها وعلى الدينار ومنعت عن التعاطى لزم تقويمها بالدينار فقط فحينئذ لاينحصر الاداء ايضا على الدينار بل تقوم به ثم تؤدى به او بالجديدة امابناء على التحقيق السابق او بضم الفلس الى الجديدة لايقال ان المراد باداء قيمة العتيقة من الدينار ان تحكم بهذا فعلى المديون ان يؤدى بما امكن له من الدينار و القرش والدراهم الجديدة وعليه عمل كثير من القضاة حيث لم يلزموا على المديون الاداء بالدينار البتة اذا لم يرض الداين فى الاداء الا به لانا نقول لانسلم ان مراد المفتى المرحوم هذا على ماصرح به فى صور فتاواه ولان الحكم لايدفع الربوا اذا كان الاداء بماذكر على ما اقر بوجوده فى الاداء به كما لايدفع بتراضيهما ولوسلم فيرجع الامر الى ماقال به المفتى السابق فاى حاجة الى تبعيد طريق الاداء بتوسيط حكم الحكام وحقيقة العلم عندالله الملك العلام (قوله بيع الوفاء) و يسمى ايضا البيع الجائز كما فى الخانية (قوله قيل رهن)

القائل به اكثر المشايخ منهم السيد الامام ابو شجاع السمرقندى والقاضى الامام ابو الحسن على السغدى كما فى الخانية (قوله وهبة الحرة) قيل فى لزوم تسمية المهر تأمل فان كلامهم مطلق فى صحة النكاح بلفظ الهبة قول وقد سبق نقلا عن التاتارخانية ان كل لفظ موضوع لتمليك العين ينعقد به النكاح ان ذكر المهر والا فبالنية وهكذا فى جوامع الفقه وذكر فى كشف البزدوى انه يشترط فى لفظ الهبة طلب النكاح او النية ووجودها يعرف بقرينة الحال من احضار الشهود وفهم الشهود ذلك او قراءة الخطبة اونحو ذلك كما فى المقدسى وغيره فظهر ان كلامهم ليس بمطلق كما لا يخفى (قوله والعبرة للملفوظ ايضا دون المقصود) يعنى كما يكون الاعتبار فى التصرفات للمقاصد يكون للالفاظ فلا حاجة الى تبديل قوله ايضا بنصا (قوله فانه ايضا يفسد) هذا بيان لفساد هذا البيع بناء على العمل بزعمهما لابذكر شرط الوفاء كما فى الصورة السابقة عليه وما افاده كذا من الفساد اعم فلا يكون مثل هذا البيان حشوا على ان الاجمال اولا والتفصيل ثانيا لايعد حشوا ايضا فى الشرح كما لايخفى (قوله واذا ذكر البيع بشرط) وعبارة الخانية واذا ذكرا البيع من غير شرط وهى الصواب وعليه آخر كلام المصنف (قوله ويلزم الوفاء به) اى بالشرط فلا يطالب البايع الثمن الى ان جاء الزمن الموعود ان اجل وبعد مجيئه يجبر على الوفاء ان طالب او المعنى يلزم وفاء الثمن بسبب وعد الوفاء فلزم الجبر عليه ان طلب البايع الثمن من غير توقيت ان لم يؤجل (قوله صح بيع الوفاء) وذكر فى القنية وحاوى المنية ان بيع الوفاء بيع بات لارهن اذا كان البيع بمثل الثمن او بغبن يسير وان كان بغبن فاحش فهو رهن ونقلا عن الامام خواهر زاده شرطا وحسناه وهو ان يعلم البايع الغبن وقت البيع واما اذا لم يعلمه وزعم انه بمثل الثمن فظاهر حاله على انه بيع بات فيحمل عليه

﴿ كتاب الشفعة ﴾

(قوله شرع فيما يترتب عليه) اقول بل هى فى معنى البيع حقيقة الا ان احد الركنين فيها جبرى لا اختيارى واول من رتبه كذا صاحب الوقاية والمصنف مقتف اثره (قوله سميت بها) المحل اللايق لهذا الكلام اما قبل لفظة هى او بعد قوله وشرعا تملك العقار الخ وهذا ليس اول قارورة كسرت فى تحرير المصنف فى الشرح (قوله لمافيها من ضم المشتراة الى ملك الشفيع) ومنه شفاعة النبى عليه السلام وغيره للمذنبين لانه يضمهم بها الى الفائزين وقيل هى مأخوذة من الشفاعة بمعنى الطلب لان فيها طلب ضم المشفوع به الى ملكه قال المطرزى لم نسمع منها فعلا واما قولهم ولو باع الشفيع داره التى يشفع بها فمن استعمالات الفقهاء (قوله هى تملك العقار) ظاهره ان حقيقة الشفعة فى الشريعة نفس ذلك التملك واعترض عليه بان هذا التعريف ليس بصحيح واطيل الكلام فيه حاصله انه لو كانت الشفعة نفس التملك كيف يتصور تحقق التملك جديدا عند اخذ العقار بالقضاء او بالرضاء اولانه لزم ان لايصح قولهم الشفعة تثبت بعقد البيع وتستقر بالاشهاد لان ثبوتها واستقرارها لا يتصوران بدون التحقق وحين البيع والاشهاد لم يوجد الاخذ بالتراضى ولابقضاء القاضى واجيب بان المضاف مقدر والتقدير حق تملك العقار الخ ومراد عامة العلماء ذلك الا انهم تسامحوا فى العبارة اقول ان عنوان تملك ولفظ جبر يقتضيان كون الشفيع مالكا للمشفوع به بواسطة الغير وهو قضاء القاضى حقيقة او حكما كما فى صورة الرضاء لان وجوده وعدمه سواء فاعتبر هذا القيد فى مفهوم التعريف وتركه بناء على قيام القرينة او الشهرة شهر وان قول الفقهاء الشفعة تثبت بعقد البيع الخ باعتبار الاول اذ ثبوتها للشفيع بعد انقطاع

حق البايع قبل ثبوت الملك للمشترى ولذلك كان الشفيع اولى من المشترى على ماصرح به في الجامع الكبير والفتاوى القاعدية وقولهم ويملكه بالقضاء اوالاخذ بالرضاء باعتبار الانتهاء وايضا لوكان الثابت عند البيع حق التملك فقط مع ان الثابت للمشترى حقيقة الملك وقد سبق في اول كتاب البيع ان الحقيقة اقوى من الحق فلا يعارضها فلا يتقوى ولايتم بقضاء القاضى فهذا يقتضى كون المشترى اولى من الشفيع فظهر ان الشفعة نفس ذلك التملك لاحقه على ان جمل المقام مغفلة لم يسلم فيه قافلة بعد قافلة يرى ترك ادب (قوله بمثل ماقام عليه من الثمن) لم يقل بمثل ثمنه مع انه اخصر ليشمل كون الثمن من المثليات وكونه من القيميات اذفى الاول بمثل ثمنه الذى اشترى المشترى به وفى الثانى بمثل قيمته وبشمل مازاد المشترى نحو الصبغ فى العقار فان الشفيع يأخذه بالثمن وبمازاد نحو الصبغ والابتركه كما فى القنية (قوله وتثبت) اى الشفعة عدل عما وقع فى عامة الكتب من وتجب لما انه يعنى تثبت بقرينة اللام فى الخليط والجار على ان الشفعة للشفيع نظرية لا التزامية اقول هذا اذا كان المراد وجوبا شرعيا اما اذا لم يكن فان عنوان تجب احسن من تثبت بناء على ان يراد به الوجوب الاستحسانى الذى يستحق فاعله المدح بحسب نفس الامر اوالعقل اوالعادة كما هو هنا كذلك لان الشفعة بعد ايجابها زيادة الملك تدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار كايقاد النار ومنع ضوء النهار واثارة الغبار ولاسيما اذا كان المشترى يضاده كما قيل اضيق السجون معاشرة الاضداد (قوله بعد البيع) لم يقل بالبيع او بعقد البيع كما فى القدورى لكونه موهما ان البيع سبب وجوبها وليس كذلك بل السبب هواتصال ملك الشفيع بملك البايع على الدوام فتجب لدفع ضرر سوء الجوار والبيع انماهو شرط وجوبها ولم تبطل بتسليمها قبل البيع مع انه تسليم بعد السبب لان الشرط مالم يوجد يمنع السبب عن الاتصال بالمحل عندنا فتسليمها قبله ككفارة اليمين قبل الحنث فلا يجوز على ما عرف فى الاصول (قوله ثم اى بعد ما سلمها) اى بعد تسليم الخليط فى نفس المبيع الشفعة تثبت الخ اطلقه ولكنه مقيد بان ثبوتها للخليط فى حق المبيع اذا طلبها حين علم البيع مع الشريك اما اذا لم يطلبها حتى سلمها الشريك فلا شفعة للخليط وهكذا حال ثبوتها للجار ذكره شمس الائمة السرخسى كما فى الذخيرة وهكذا ذكره علاء الدين الاسود فى شرح الوقاية (قوله لاتجرى فيه السفن) واللام فيه للجنس فمعنى الجمع مضمحل ثم اريد به اصغر السفن ومايجرى فيه السفن فهى شركة عامة فالشفعة يكون للجار وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وعن ابى يوسف الخاص مايسقى فيه قراحان اوثلاثة او بستانان اوثلثة ومازاد على ذلك فهو عام كما فى الكافى وذكر شيخ الاسلام خواهرزاده انهم اختلفوا فى الكبير والصغير وعامة المشايخ على ان الشركاء على النهر اذا كانوا لايحصون فهو نهر كبير وان يحصون فهو صغير ثم قيل ما لايحصى خمسمائة وقيل مائة وقيل اربعون وقيل اصح ما قيل انه مفوض الى رأى كل مجتهد فى زماننا ان رأيهم كثيرا فكبير وان رأيهم قليلا فصغير كما فى الذخيرة (قوله وان لايكون الطريق نافذا) حتى لواحدث اهله بابا الى الطريق العام لايصير به نافذا اذلاهله منع العامة من ان يستطرقوا منه كما فى الظهيرية (قوله ولوذميا اومأذونا ومكاتبا) قيد للخليطين والجار وقوله بابه فى سكة اخرى حال عن قوله جار لتخصصه بملاصق اوصفة ثانية له قدم الصفة المفردة على الجملة كما هو الاكثر وادرج الحال بينهما ولوكان حقها التأخير لكونها عامة واخرت عن المفردة لشدة لصوقها بالموصوف وقوله ولو واضع الجذع الخ قيد للجار الملاصق

انما ذكره ليعلم انه جار لا خليط (قوله لاطلاق ما روى الخ) اورد هذين الحديثين دليلا على شمولهما لهذه الطوائف مع ان كلا منهما دليل على اصل الشفعة ايضا ولم يتعرض الى ذلك لاغناء هذا الاستدلال عنه ولان ثبوتها بكل منهما بديهى لم يحتج الى التعرض له وانما الاحتياج الى ثبوتها لهم ولاسيما فى هذا المقام (قوله ينتظر له وان كان غائبا) تفسير لقوله احق اى ينتظر كل من الدار والارض لجاره حين ان يباع كذا يفهم من النهاية وغيره هذا (قوله والمراد جار) هو شريك فى الطريق فيكون هذا الحديث دليلا للقسم الثانى ودليل القسم الثالث قوله عليه السلام الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته وروى بالصاد وهى لغة فيه والمعنى ان الجار احق بالشفعة اذا كان جارا ملازقا والباء فى صلة احق لا للسبب ومقتضى قول المصنف لاطلاق الخ اتيان هذا الدليل ايضا والوجه فى تركه خفى كما لا يخفى (قوله ويثبت الحكم فى الشرب الخ) وانما قدم ذكر الشرب مع كونه ملحقا بالطريق بطريق الدلالة للاهتمام فى الالحاق ومن شان المهتم التقديم صرح به فى محله وذكر فى التاتارخانية ولو ان لرجل مسيل ماء فى دار بيعت كانت له الشفعة بالجوار لا بالشركة اذ ليس المسيل كالشرب انتهى وذكر فى الذخيرة هذا اذا لم يكن موضع المسيل ملكا له واما اذا كان ملكا له فهو من قبيل النوع الثانى (قوله بابه فى سكة اخرى) هذا اذا كان باب المبيع فى سكة غير نافذة واما اذا كان فى الطريق العام فباب الجار كما يكون فى طريق آخر يكون فى هذا الطريق ايضا صرح به فى البرجندى (قوله لا يكون خليطا فى حق المبيع) لم يقل فى المبيع وان كان المذكور فى الكتابين ذلك لئلا يوهم انه لا يلزم من عدم كونه خليطا فى المبيع عدم كونه خليطا فى حقه فلا يتعين ذلك الواضع ان يكون جارا بخلاف ما اختاره المصنف فانه يقتضى انه اذا لم يكن خليطا فى حق المبيع فعدم كونه خليطا فى المبيع بالطريق الاولى وتأويل واضع الجذع ان يكون له حق وضع الخشبة على الحائط من غير ان يملك شيئا من رقبته كما فى الكافى (قوله وهذه العبارة احسن الخ) اشارة الى ان فى عبارة الوقاية حسنا بالاستقامة بيانه ان قوله كواضع جذع فى حائطه كما يحتمل ان يكون تمثيلا للجار الملاصق يحتمل ان يكون نظيرا له فى ثبوت الشفعة له بعد النوعين غير كونه جارا ملاصقا ويتبادر الاحتمال الثانى بناء على ان اتيان مثال مقيد لا اعتبار لقيده بعد الكلى المطلق لم يكن شهيرا ولامناسبا ولذلك احتاج صدر الشريعة الى دفع ايهام القيد بخلاف عبارة المصنف حيث افادت من غير ايهام ان الواضع من افراد الجار هذا ولله دره فى التحقيق ومن لم يعرفه لم يحم حول المقام العلم عند الله الملك العلام (قوله على عدد الرؤس) فلو اسقط البعض حقه قبل الحكم لهم فهى للباقين فى الكل على عددهم لان السبب كامل فى حق كل واحد والنقصان للمزاحمة وقد زالت ولو كان البعض غائبا يحكم للحاضرين بالجميع ثم لو حضر وطلب يقضى له ايضا حتى لو كان الحاضر واحدا وقضى له بالكل ثم حضر غائب وطلب يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث قضى له بثلث ما فى يد كل واحد رعاية للتسوية بينهم ولو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالكل لا يأخذ القادم الا النصف لان القاضى لما قضى بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء وهنا تفصيل فى الذخيرة والايضاح والبدائع وهذا نبذ منها (قوله وتستقر الخ) الاستقرار يقتضى الثبوت اولا وهو بالطلب وهو طلب المواثبة ومن ذلك علله بقوله اذ لا بد الخ هذا (قوله ويملك بالاخذ بالتراضى) او بقضاء القاضى الاخذ فى القبض حقيقة

وهو صحيح متبادر هنا فلا حاجة الى الحمل على المعنى المجازى على انه لا قرينة له لان حكم الحاكم بالشفعة قبل قبض المشترى ليس بايجاب ولا فى معناه اذ الحاكم لا علاقة له فى ملك شخص فلا يحمل الاخذ على معنى القبول (قوله كان هذه العبارة احسن من عبارة الهداية ايضا) جواب شرط وهو اذا وعبارة المصنف احسن ايضا من عبارة الهداية بوجه آخر وهو ان اخذ الشفيع بالرضاء كما يكون بتسليم المشترى يكون بتسليم البايع كما فى صورة ما اقر البايع بالبيع وكذبه المشترى فان الشفيع يأخذ فيه المبيع لثبوت البيع باقراره فعبارة المصنف يشمله وعبارة الهداية انما هى بناء على الكثرة كما لا يخفى (قوله بل ظاهرة فيه لقربه) وانتوع الاخذ الى ما يكون بالتراضى او بقضاء القاضى من غير الرضاء كما يتنوع التملك الى ما يكون بالاخذ عند الرضى او بقضائه الا ان كون السوق حينئذ لتنوع التملك يرجح عطفه على الاخذ ومن ذلك حكم على العطف على التراضى بالابهام وكلامه فى لاحسنية ثم ادعاء الحسن فى عبارة الهداية بمجرد رعاية الادب اذ لا تقبل توجيها الا بوجه بعيد وهو عطف قوله اوحكم على الاخذ بان يأول بان اخذ وتأويل المصدر بان مع الفعل غير بعيد الا ان المتبادر هنا عطفه على سلم وعليه كلام العناية وغيره تدبر (قوله فى مجلس علمه بالبيع) وان لم يكن عنده احد لئلا يسقط حق الشفعة بينه وبين الله تعالى كما فى شرح الاقطع وليتمكن من الحلف اذا حلفه المشترى كما فى المبسوط (قوله اذ كان الخبر صدقا) بان يظهر بعد ذلك انه واقع الحال هذا هو المراد ولا يلزم منه افادة مثل هذا الاخبار يقينا بل اللازم انه لو لم يطلبها بسمعه من احد منهم ثم ظهر كون الخبر صدقا بطلت شفعته كما لا يخفى (قوله فلو قال الخ) يعنى اذا اعتبر امتداد مجلس العلم فلو قال الخ اتى بالفاء التفريعية لان ما بعدها متفرع على امتداد المجلس وتنبيها على ان الواو فى عبارة الهداية هنا بمعنى الفاء كما فى قوله تعالى اذا زلزلت الارض زلزالها واخرجت الارض اثقالها وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت فليس باعتراض لانه قد يرضى بمجاورة انسان دون غيره وقد يصلح بثمن دون ثمن فكان الاستعريف عن هذا تحقيقا للطلب لا اعراضا عنه كما فى المنبع (قوله بلفظ يفهم منه طلبها) قال الامام السرخسى فى المبسوط ان لفظ الطلب لم يذكر فى شئ من الكتب والظاهر انه باى لفظ كان صح كسائر الحقوق الا انه روى عن ابى يوسف انه يذكر فى طلب المبيع السبب الذى يطلب به الشفعة من جوار اوشركة (قوله وقيل يبطل بادنى سكوت) لكن بعد ما علم المشترى والثمن كما فى المغنى وهو رواية عن محمد وفى الهداية ان عامة المشايخ على هذا وكذا فى الكافى والمصرح فيهما ان هذه الرواية ورواية امتداد المجلس غير ظاهر الرواية وهى رواية النوادر والمصرح فى الذخيرة والبدايع ان رواية الفور ظاهر الرواية وقد اختلف التصحيح كما ترى ففى مثله يرجح ظاهر الرواية وقد سبق غير مرة ولكن لما لم يتفق فى كون الفور ظاهر الرواية وفيه نوع تضييق للشفيع فى التأمل وهو محتاج اليه اتى المصنف بصيغة التمريض فيه هذا (قوله قال فى الايضاح الاول اصح) اى رواية امتداد المجلس وهو اختيار الكرخى وبعض مشايخ بخارا وهو الذى ذكره القدورى وصاحب المجمع ومن اقتفى اثرهما (قوله ثم يشهد عند الدار) وكان القاضى امام ركن الاسلام ابوزيد الكبير يقول يكفيه حضور المصر الذى يكون الدار فيه للطلب ولا يشترط الطلب عند حضرة الدار فعلى هذا اذا كان الدار فى مصر الشفيع وطلب فى اى موضع منه طلب مواثبة واشهد من غير تأخير يقوم مقام الطلبين ذكره فى الذخيرة هذا اذا كان كل منها فى مصر واحد فحينئذ لا يعتبر الاقرب الا اذا اجتاز وهو على

الاقرب ولم يطلب الآن بطلت الشفعة كما في فتاوى برهان الدين (قوله لم يصح الاشهاد
عليه الخ) ذكره القدوري والناطفي وذكر الامام احمد الطواويسي وشيخ الاسلام خواهر زاده
انه يصح استحسانا لان الاستشهاد حصل على العاقد فيصح كما يصح على المشتري ولولا شرح
المصنف وتصريحه فيما بعد بقوله والخصم البايع قبل التسليم لحملن اطلاق المتن هنا على الاستحسان
وهو الاولى لان الاستحسان هو الاقوى سوى ما استثني منه على ان الاستحسان هنا مثبت والقياس
ناف كما لايخفى (قوله او على ذي اليد) اعم من ان يكون بايعا او مشتريا ولكن قد سبق انه صح
على المشتري وان لم يكن ذا اليد وتركه بناء على ان المذكور عبارة الذخيرة او ان الغالب انها
في يد احدهما هذا (قوله عند واحدها) غلب عند على على لتقدمه في الذكر ولا تغليب
في تأنيث الضمير تدبر (قوله ثم يطلب عند قاض الخ) هذا هو طلب الثالث ترك التنبيه عليه
لظهوره (قوله اي شهرا كان او اكثر) وتأخيرا بعذر او بغير عذر هذا التعميم هو المراد وعليه كلامه
الآتي (قوله وهو قول زفر) وهو قول ابي يوسف ايضا كما في الخلاصة وقال الامام السرخسي
ماذكره ابو حنيفة قياس وماذكره محمد استحسان (قوله قال شيخ الاسلام الخ) وهو الامام
خواهرزاده صاحب المبسوط وهكذا في المحيط والروضة والقنية وفتاوى قاضيخان والخلاصة
(قوله وبه يفتى) والعبارة في الكتابين وعليه الفتوى وافتى خاتمة ارباب الترجيح المولى ابو السعود
على هذا القول اقول لعل وجهه ان الترجيح والافتاء اذا اختلف يرجح ما هو ظاهر المذهب
وقد مر غير مرة ولكن كون محمد استحسانا يقتضي الرجحان ايضا فيتعارضان بل هو اقوى ومن
ذلك ترى اكثر الائمة قد مالوا اليه والميل اليه يرى احرى وقد مال استاذي شيخ الاسلام الى
قول محمد وكان يفتي به (قوله ولو علم انه ليس في البلدة قاض الخ) وكذا لا تبطل اتفاقا بالتأخير
بعذر مرض او حبس او بان يكون القاضي ممن لا يرى شفعة الجوار فخاف ان يبطل شفعته
عند المحاكمة وهذا عذر ايضا كما في الذخيرة والمغني (قوله سأل القاضي الخصم) سواء كان البايع
او المشتري او وكيل احدهما واعلم ان هذا السؤال بعد تمام دعوى الشفيع بان سأله القاضي
عن موضع الدار وحدودها لدعواه حقا فيها فصار كما ادعى رقبتها واشتراط التحديد لاحتياجه
الى اعلام المدعى به واعلام الدار بذكر الحدود فان بينهما سأله هل قبضها المشتري
اذ لو لم يقبضها لا يصح الدعوى عليه حتى يحضر البايع فان بين ذلك سأله عن سبب
شفعته وحدود ما يشفع به فلعله غير صالح او هو محجوب بغيره فان بين ذلك سأله متى علم
وكيف صنع على ما مر فان بين سأله عن طلب التقرير كيف كان فان بين ولم يخل بشرط
اقبل على المدعى عليه عن مالكية الشفيع الخ هكذا تصوير المقام في التشنيف وشرح المقدسي
(قوله او نكل عن الحلف على العلم) لانه على فعل الغير وهذا قول ابي يوسف وعن محمد
يحلف على البتات وذكر في الخزانة والفتوى على قول ابي يوسف ولذلك سكت المصنف
عن قول محمد رأسا (قوله وسأله عن الشراء) هذا اذا كان الخصم مشتريا اما لو كان بايعا
فيسأله عن البيع ويدل قوله في الشرح حينئذ بما بعت (قوله وبعد القضاء لزمه) اي الشفيع
احضار الثمن وان كان الشراء بثمن مؤجل لان الشفيع انما يأخذها بثمن حال كما في المنبع وسيجيء
(قوله والخصم للشفيع البايع قبل التسليم) هذا التركيب يفيد القصر والحصر لما بين في موضعه
ان تعريف الخبر يفيد الحصر والمشتري خصم ايضا قبل تسليم المبيع اليه لما سبق انه خصم
له وان لم يكن ذا يد فظهر ان حق التركيب والبايع خصم للشفيع قبل التسليم فيفهم منه

To: www.al-mostafa.com

ان المشترى خصم له مطلقا كما لا يخفى (قوله ويفسخ) اى البيع اطلقه ولكن المراد فسخه فى حق المشترى لا فى حقهما فيبقى اصل العقد ولذلك لم يسقط الشفعة فيجعل الشفيع قائم مقام المشترى كان البايع باعه منه فيتحول العقد الى الشفيع نظيره من المحسوسات ما اذا رمى سهما الى شخص فتخلل بينهما غيره فاصابه السهم فالرمى فى نفسه لم يتبدل وانما انقطع التوجيه الى الاول (قوله لانه المالك) والقضاء على الغائب لا يجوز ملكا او فسخا (قوله ويقضى بالشفعة) ظاهر كلام المصنف على ان القضاء بالشفعة يترتب على الفسخ وليس كذلك بل الامر بالعكس فلا يستقيم الا بجعل جملة ويقضى حالا يعنى ويفسخ البيع بحضوره عند القضاء بالشفعة فيه نعم الواو لا يقتضى الترتيب ولكن الدعوى فى الظاهر فالسالم ان يقال فيقضى بالشفعة ويفسخ بحضوره فى حقه (قوله حتى يجب تسليم الدار عليه الخ) ويدفع الشفيع الثمن اليه ويرد عليه بخيار الرؤية والعيب وعن ابى يوسف انه ان نقد المشترى الثمن للبايع فعلى الشفيع ان يدفع الثمن الى المشترى وعهدته عليه والا فيدفعه الى البايع ويكون العهدة عليه كما فى مبسوط الامام السرخسى (قوله الوكيل بالشراء الخ) وكذا الوكيل بالبيع خصم للشفيع ما لم يسلم الى المشترى كما فى شرح المقدسى والمنبع ولا يشترط للقضاء حضور الموكل لقيام الوكيل مقامه باختياره بخلاف البايع فلابد من حضور المشترى للقضاء لما سبق كما فى الشروح وعن ابى يوسف لا يأخذ الشفيع من الوكيل ما لم يحضر الموكل كما فى شرح الطحاوى والاب والوصى كالوكيل (قوله اختلفا فى الثمن) اى فى قدره وكذا اذا اختلفا فى جنس الثمن بان قال المشترى اشتريت بمائة دينار وقال الشفيع بل بالف درهم فالقول قول المشترى لانه اعرف بجنس الثمن فكان الرجوع اليه فى المعرفة ولانه منكر فيما يدعى الشفيع عليه فى التملك فالقول للمنكر مع يمينه ولو وقع الاختلاف فى بتات البيع وخياره او صحته وفساده بان ادعى الشفيع البتات والعاقدان الخيار او ادعى الشفيع الجواز وهما ادعا الفساد فالقول قول العاقدين ولا شفعة للشفيع عند ابى حنيفة ومحمد وابى يوسف فى رواية وفى رواية عنه القول قول الشفيع ولو وقع الاختلاف فى الخيار بين العاقدين لو انكره المشترى كان القول قوله ويأخذ الشفيع الدار فى الرواية المشهورة وروى عن ابى يوسف القول قول البايع كما فى البدايع اقول قد سبق فى باب الخيار القول للمنكر فيه وهو ظاهر الرواية فيثبت الشفعة للشفيع ايهما انكر سواء (قوله فالقول للمشترى الخ) اطلق المسئلة ولكن قيدت فى الكافى بان يكون العقار مقبوضا والثمن منقودا اما اشتراط الاول فلانه لو فى يد البايع ينفسخ البيع فى حق المشترى بالقضاء فلا اعتبار لقوله واما اشتراط الثانى فلانه لا اعتبار لقول المشترى فى الثمن قبل ادائه (قوله ولو برهنا الخ) اشار به الى ان ايهما برهن قبل حتى لو اقام المشترى البينة تقبل ويسقط اليمين عنه ثم كون بينة الشفيع اولى انما هو عند ابى حنيفة ومحمد وعند ابى يوسف بينة المشترى اولى وهو قول الشافعى (قوله اخذ الشفيع بما قال البايع) سواء كانت الدار فى يد البايع او فى يد المشترى كما فى المنبع (قوله وان كان البايع قبض الثمن) اى كله حتى لو قبض بعض الثمن وبقى منه شئ فالقول قول البايع صرح بذلك فى المبسوط (قوله حط البعض الخ) اطلقه فشمل حطه قبل ان يأخذها الشفيع بالثمن او بعده لوجود الالحاق فى الصورتين كما فى الذخيرة ولو حط بعض الثمن بعد تسليم الشفعة كان له ان يطلبها ويأخذ بالباقى لانه تبين له ان الثمن اقل فلا يصح تسليمه كما فى التشنيف وذكر فى الخزانة انه اذا حط البايع بعد ما قبض الثمن من المشترى ليس للشفيع ان يسترد من المشترى ما حط عنه لان الثمن بعد التسليم يكون

عينا ورده بعضا كان اوكلا يكون هبة لا حطا وذا عقد آخر وليس للشفيع فيه مدخل واذا اراد بالحط حط البائع وهو الظاهر وعليه التفصيل المذكور واما لو حط الوكيل بالبيع فلا يلتحق باصل العقد فلا يظهر فى حق الشفيع وانما يأخذ بتمام الثمن كما فى المحيط وقد سبق بعض تفصيل فى فصل باب المرابحة تذكر (قوله لا حط الكل) اى لا يظهر حط الكل فى حق الشفيع فيأخذ الشفيع المبيع بكل الثمن هكذا فى الشروح وهذا بناء على ان حط الكل لا يلتحق باصل العقد لانه اما برمبتدأ كما هو الظاهر فيكون عقد آخر فلا يتبع العقد الاول فيأخذ الشفيع المبيع بكل الثمن واما ملتحق باصل العقد فحينئذ يكون بيعا بلا ثمن وهو باطل وذا ليس بمقصودهما او يجعل المبيع هبة وذا ليس بمقصود ايضا لانه قد كان قصدهما تجارة على ان تحول العقد الى الهبة يمنع الشفعة كما يمنع فساده هذا فظهر ان المتن متين ولكن الشرح المجاز مخل يقتضى ان لا شفعة فى صورة حط الكل وليس كذلك كما لا يخفى (قوله لان العقد حينئذ) اى حين حط الكل كما هو الظاهر من كلام المصنف اوحين لحق حط الكل باصل العقد كما هو الظاهر من عبارات الشروح وباى فسرهنا لا يخلو عن الركاكة كما لا يخفى (قوله وفى قيمى من العروض والحيوان والعقار يأخذ بالقيمة) اى قيمته وقت الشراء لا وقت الاخذ كما فى الكافى اطلق الاخذ بقيمة القيمى فشمل مالو كان مقبوضا اوغير مقبوض وقائما او هالكا قبل القبض او بعده حتى لو هلك قبل القبض سواء كان العقار المبيع مقبوضا اولا فسد البيع بين البائع والمشترى وثبت الشفعة لان تسليم عين القيمى قد تعذر بهلاكه فيفسد العقد بخلاف الشفيع اذا الواجب عليه قيمة القيمى وذا مقدور التسليم فيكون بقاؤه وهلاكه فى حقه سواء كما فى البدايع (قوله يأخذ بحال) هذا عند ائمتنا الثلثة وعليه عامة اصحابنا وعند زفر له ان يأخذه فى الحال بثمن مؤجل وهو قول مالك والقول القديم للشافعى لانه اخذ بما اخذه المشترى كما لو اشتراه بثمن زيف كما فى المبسوط ثم اذا اخذ الشفيع من البائع سقط الثمن عن المشترى لتحول الصفقة عنه اليه ورجع البائع على الشفيع بثمن حال واذا اخذ من المشترى ودفع الثمن اليه فى الحال رجع البائع على المشترى بمؤجل لان التأجيل لم يبطل باخذ الشفيع بحال لتقرر العقد بينهما كما فى الشروح (قوله لتفاوت احوال الناس) اى فى الغناء والمعاملة (قوله بطلت الشفعة) هذا عند ابى حنيفة ومحمد وبه كان يقول ابو يوسف اولا وروى ابن ابى مالك عن ابى يوسف انه رجع عن هذا وقال له ان يأخذه عند حلول الاجل وان لم يطلب فى الحال كما فى الشروح (قوله لو كان الشفيع ذميا) ولو اسلم قبل تسليم الخمر والدار مقبوضة اوغير مقبوضة صار كالمسلم ابتداء فيأخذ بقيمتها كما لو كان الثمن مثليا فانقطع قبل الاخذ يأخذ بقيمته قيد بكونه ذميا لانه لو كان مرتدا لا شفعة له ثم اذا كان المرتد مشتريا فيجب به الشفعة سواء نقض البيع اوتم واذا كان بايعا لو قتل اومات اولحق بدار الحرب بطل البيع ولا شفعة فيه فى قول ابى حنيفة خلافا لهما واذا اسلم جاز بيعه وللشفيع الشفعة فيه كما فى المنبع (قوله وفى بناء المشترى) وقد ذكر فى غير واحد من الكتب المعتمدة ان للشفيع ان ينقض سائر تصرفات المشترى حتى المسجد والمقبرة والوقف وتمام تفصيله فى التبيين وغيره (قوله وغرسه) عطف على قوله بناء المشترى وقوله فى الدار او الارض قيد للغرس ايضا بحكم العطف وليس فى عبارة المصنف مايوهم خلاف المراد واواخر القيد عن الغرس لاحتمل انه له فقط وان كان السوق يدفعه (قوله بالثمن اوقيمتها) اى يأخذ الشفيع بالثمن الخ قيد بقيمتهما مستحق القلع اذ لو لم يكن لما زاده المشترى قيمته عند

فرض القلع كالوصبغها باشياء كثيرة فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بالشفعة واعطاه مازاد فيها وان شاء ترك الشفعة وهذا بالاتفاق والمسئلة فى العيون ومسئلة المتن على الاختلاف بين ابى حنيفة ومحمد وبين ابى يوسف فان عنده الشفيع مخير بين الاخذ بالثمن وقيمة البناء او الغرس وبين ترك الشفعة وهو قول مالك والشافعى وفرق ابوحنيفة ومحمد بين البناء ونحو الصبغ بان نقض الاول يسلم للمشترى ولا كذلك فى نقض الثانى كما فى الذخيرة (قوله وان قلعهما الشفيع فاستحقت) الصواب وان استحقت وقد بنى اوغرس الشفيع فكلفه المستحق بالقلع فقلعهما رجع الخ هذا هو الموافق للكافى والزيلعى والمنح والتنقيف وعن ابى يوسف ان الشفيع يرجع على من اخذه منه كالمشترى يرجع على البايع (قوله ولا يرجع بقيمة البناء والغرس) اى بما نقص بالقلع (قوله على من اخذه منه) وكلمة من عبارة عن البايع او المشترى والمستكن فى اخذ عائد الى الشفيع والضمير المنصوب عائد الى الدار او الارض بتأويل المبيع والضمير المجرور عائد الى من وقوله بايعا خبر كان والمستكن فيه عائد الى من هذا ان اخذ المبيع منه وقوله اومشتريا هذا اذا اخذه منه ومن صرح بان الضمير المنصوب عائد الى القيمة بتأويل البدل لم يصب ولم يعرف التصوير وظن كون البناء اوالغرس فى هذه المسئلة من المشترى كما فى المسئلة السابقة وليس كذلك (قوله اخذها بتمام الثمن) وبه قال الشافعى فى قول وهو الاصح وهو رواية عن احمد وقول آخر يأخذه بالحصة كما فى المنح (قوله وبحصة العرصة) ويقسم الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء وقت العقد (قوله ان نقض المشترى البناء) وكذا لو هدمه اجنبى لانه لما اوجب الضمان صار سلامة بدل البناء للمشترى كسلامة البناء له وصار كما هدمه بنفسه كما فى المبسوط (قوله والنقض له) الظاهر ان هذا الحكم مختص بما اذا نقضه المشترى وليس كذلك بل هو شامل للقسمين فانه لوانهدمت الدار وبقى عين النقض فانه للمشترى ايضا كما فى البدايع (قوله وفى شراء ارض بنخل) الباء فيه بمعنى مع وكذا اذا اشترى ارضا مع زرعها وهذا استحسان والتفصيل فى المنح (قوله اواثمرت عنده) اى عند المشترى وكذا لو حدث الثمر عند البايع بعد البيع بعد ان كان متصلا فى الفصول كلها لان التبعية موجودة مادام الاتصال كما فى المنح (قوله كما اذا اشترى حاملا فولدت عنده الخ) الظاهر ان الضمير راجع الى المشترى اى عند المشترى ولكن لا يستقيم حينئذ القياس فالضمير عائد الى البايع وقيد الحمل اتفاقى لانه لواشترى جارية او بقرة ولم يقبضها فحملت وولدت عند البايع فالحكم كذلك ولابعد فى ارجاع الضمير الى البايع بقرينة التنظير كما لا يخفى (قوله لحدوثه بعد القبض) وهكذا لو حدث بعد العقد قبل القبض لما عرف (قوله ففواته يوجب سقوط شئ من الثمن) هكذا فى اكثر النسخ التى رأيناها والصواب لا يوجب كما فى البعض

﴿ باب ما هى فيه اولا ومايبطلها ﴾

لما ذكر نفس ثبوت الشفعة مجملا اراد تفصيل ماتثبت فيه الشفعة اولا وادرج فيه بعد التفصيل ذكر مايبطل به الشفعة لان البطلان يقتضى سبق الثبوت (قوله كالعلو) اطلق ثبوت الشفعة فيه فشمل ما اذا بيع منفردا او مع السفل والتفصيل ان العلو يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة لو قائما وهذا بالاتفاق ولو انهدم العلو ثم بيع السفل فهو على الخلاف فعند ابى يوسف ليس لصاحب العلو شفعة وعند محمد له شفعة ولوانهدم السفل والعلو بعد طلب صاحبيهما الشفعة بالجوار قبل اخذهما سقطت شفعة صاحب العلو عند ابى يوسف وقال محمد هما جميعا على شفعتهما الحاصل لصاحب العلو شفعة عند محمد على كل حال سواء كان

العلو مهدوما وقت البيع اوانهدم بعد ذلك كما فى المنبع (قوله ملك بمال) اى رقبته اشار به الى
انه لاشفعة فيما لايملك كوقف وخان سبيل كما فى المحيط وذكر فى الذخيرة انه لاشفعة فى الوقف
حتى لو بيعت دارا بجنب الوقف لاشفعة له ولا للمتولى وكذا لو الدار وقفا على رجل لم يكن
للوقف عليه شفعة بسبب هذه الدار وذكر فى التاتارخانية ان الشفعة انما تجب فى الاراضى
التى تملك رقابهـا فلاتجب فى الاراضى التى حازاها الامام لبيت المال ويدفع الى الناس مزارعة
فصار لهم فيها كردار كالبناء و الاشجار و الكبس وبيع هذه الاراضى باطل و بيع الكردار
لومعلوما يجوز ولكن لاشفعة فيه وكذا الاراضى الميان ديهية اذا كانت الاكرة يزرعونها فبيعها
لايجوز و بيع كردارها يجوز ولاشفعة فيها وهكذا فى البزازية والمقدسية (قوله صفة عقار وما فى
حكمه) على سبيل البدل لان الواو فيه تنويع فى قوة كلمة او على سبيل منع الخلو واطلق التملك فشمل
مايكون حقيقة اوحكما كما اذا صالح عن دار باقرار اوصالح عليها باقرار اوسكوت اوانكار فانه
تثبت الشفعة فيها بخلاف ما اذا صالح عن دار بانكار اوسكوت فانه لاشفعة فيهما كما فى الكافى
(قوله لابناء) عطف على قوله عقار (قوله فانها لبست) تعليل لعدم جريان الشفعة فى الهبة
(قوله ولكن يشترط التقابض) هذا عند ائمتنا الثلاثة خلافا لزفر بناء على ان الهبة بشرط
العوض عندهم هبة ابتداء و بيع انتهاء فيشترط مايشترط فى ابتداء الهبة وعنده بيع ابتداء
وانتهاء فلم يشترط مايشترط للهبة كما فى المنبع (قوله وعدم الشيوع فى الموهوب وعوضه) اذ لو كان
كل منهمـا شايعا يحتمل القسمة لايصير بيعا صحيحا وان وقع القبض فلاشفعة كما فى البرجندى
وقوله لانها هبة ابتداء تعليل لقوله يشترط التقابض فقط كما لايخفى (قوله فلاشفعة فيها) اى
فى الهبة المعوضة لان الهبة حينئذ تبرع والعوض تبرع ولاشفعة فى التبرعات حتى لو وهب دارا
من غير عوض ثم الموهوب له عوضه من ذلك دارا اخرى فلاشفعة لافى دار الهبة ولافى دار العوض
كما فى البدايع (قوله ولا فى دار قسمت) يعنى لاشفعة للجار بقسمة الدار وان كانت القسمة مبادلة
الحصة الشايعة للحصة الشايعة لكن فيها معنى الافراز والشفعة لم تشرع على خلاف القياس الا
فى مبادلة من كل وجه فلا تثبت فيها كما فى الشروح (قوله اوجعلت اجرة) اى لشئ كما فى منظومة
الكنز لابن الفصيح (قوله او بدل صلح عن دم عمد) قيد به لانه اوجعلت بدل صلح عن دم
لايوجب القصاص او جعلت بدل صلح جنـاية توجب الارش تثبت الشفعة لوجود معنى
المعاوضة وهو مبادلة المال بالمال كما فى البدايع (قوله اومهرا) حتى لوتزوجها بغير مهر ثم فرض
لها عقارا مهرا فلاشفعة بخلاف ما لوباعها بمهر مثلها او بالمسمى فى العقد او بعده لانه بدل
مالا بد منه من مال كما فى الهداية والبدايع (قوله فلاشفعة فى شئ منها) اى من الدار لافى حصة
المبيع منهـا ولا فى حصة المهر منها هذا عند ابى حنيفة وقالا يجب الشفعة فى حصة
المبيع منها كما فى الشروح وكان ابو حفص الكبير يقول لابى حنيفة فى هذه المسئلة ثلثة اقاويل
فى القول الاول يجب الشفعة فيهمـا ثم رجع و قال لاتجب فيهما ثم رجع وقال لكل قسط
حكم نفسه كما فى مبسوط خواهر زاده والحقايق وانت خبير بان هذا ترجيح قولهما لانه مرجوع
اليه من ابى حنيفة كما لايخفى (قوله بخيار للبايع) قيد به لان الخيار لو كان للمشترى تثبت الشفعة
فلو اخذها الشفيع فى مدة الخيار لايتمكن المشترى الرد بخيـاره بخلاف ما اورده قبل
الاخذ بالشفعـة فحينئذ ينفسخ البيع من الاصل فلا يثبت الشفعة ثم اذا اخذها الشفيع
فى مدة الخيار لايتمكن المشترى الرد بخياره بخلاف مالورده قبل الاخذ بالشفعة فحينئذ ينفسخ

البيع من الاصل فلا يثبت الشفعة ثم اذا اخذها الشفيع في مدة الخيار لا يثبت الخيار له كما يثبت للمشترى لانه لا يثبت الا لمن شرط له الخيار كما في المنبع اطلق خيار البايع فشمل مالو كان الخيار له منفردا او كان له وللمشترى فلا يثبت الشفعة للشفيع لاجل خيار البايع وكذا لا شفعة له لو شرط الخيار له والحيلة في ذلك ان لا ينفسخ العقد ولا يجيزه حتى يجيز البايع او يجوز بمضى المدة فحينئذ يكون له الشفعة كما في البدايع (قوله لكن يشترط الطلب) وفي العتابية باع بخيار ثلثة ايام ثم زاده ثلثة اخرى وقد طلب الشفيع عند البيع اخذها اذا انقضت المدة الاولى وهكذا في التاتارخانية (قوله لان كل واحد من المتبايعين سبيل من فسخه) هكذا عبارة الكافي والظاهر ان يقال لان لكل واحد من المتبايعين سبيلا افسخه والموافق لما اسلفه المصنف في البيع الفاسد ان يقول لانه يجب على كل واحد من المتعاقدين فسخه تدبر (قوله او بيعت بيعا فاسدا) اى وقع البيع ابتداء فاسدا وبقى كذلك اما اذا فسد بعد انعقاده صحيحا فحق الشفيع يبقى على حاله كما اذا اشترى ذمى من ذمى دارا بخمر فلم يتقابضا حتى اسلما او اسلم احدهما او قبض الدار ولم يقبض الخمر فالبيع يفسد وللشفيع ان يأخذها بالشفعة وان فسد البيع لانه فساد بعد وقوعه صحيحا كما في الذخيرة اقول لو اسلم دارا في كر بر ولم يقبضها الا انه لم يفترقا فللشفيع الشفعة يأخذها بالكر لان العقد ينعقد صحيحا في الصحيح وان افترقا قبل قبضها ثم طلب الشفيع الشفعة لا شفعة له لان العقد ينفسخ بالافتراق قبل القبض فلا محل لطلب الشفعة وعدم مانعية الفساد الطارى انما يعتبر لو كان العقد باقيا وهنا ليس كذلك كما لا يخفى (قوله بان بنى المشترى فيها) او باعها من الغير الى آخر ما عرف في البيع الفاسد (قوله تثبت الشفعة) ثبوتها عند سقوط حق الفسخ بالاتفاق الا ان سقوطه بنحو البناء عند ابى حنيفة اما عندهما فلا يسقط به فلا شفعة عندهما وقد سبق ثمه ان الرجحان لقولهما فيقتضى رجحان عدم ثبوت الشفعة بنحو البناء كما لا يخفى (قوله متعلق برد) هذا وقوله باحد ماذكر تصريح بان قوله بقضاء قيد للامور الثلثة فيقتضى ان يكون قوله بخلاف رد بلا قضاء على هذا التعميم فيكون المعنى انه لو رد باحد ماذكر بغير قضاء تثبت الشفعة وليس كذلك بل التحقيق فيه على ماذكر في الهداية والكافي والزاهدى وشرح الطحاوى والذخيرة انه اذا اشترى عقارا فسلم الشفيع الشفعة ثم رده المشترى بخيار رؤية او شرط فلا شفعة له سواء كان قبل القبض او بعده ولا دخل لقضاء القاضى وعدمه فيهما فلا حاجة للقيد به وكذا لا شفعة له او رده بخيار عيب بقضاء القاضى قبل القبض او بعده او بغير قضائه قبل القبض فبقى انه لو رده بخيار عيب بغير قضاء بعد القبض تثبت الشفعة له عند ائمتنا الثلثة اما عند زفر فلا شفعة في هذه الصورة ايضا هذا فظهر ان الصواب ان يتعلق قوله بقضاء برده بخيار عيب فقط وان يقيد قوله بخلاف رد بلا قضاء بقولنا بعد القبض كما لا يخفى (قوله وتثبت) اى الشفعة للعبد المستغرق بالدين بحيث يحيط الخ يعنى المأذون لان استغراق رقبته وكسبه بالدين وهو المراد هنا يقتضى كونه مأذونا اذ لا يتصور ذلك في المحجور ولذلك ترك التقييد به غايته انه اذا وجد ما يغنى شيئا او قام القرينة عليه لا يلزم ذكره كما لا يخفى (قوله اى لمن وكل آخر) الظاهر ترك اللام في لمن فيكون تصويرا لقوله او اشترى له لا تفسيرا لقوله له اذ هو يقتضى استدراك قوله كان له الشفعة بخلاف مالو كان تصويرا فحينئذ يكون خبر من والواو في قوله والموكل للحال وقوله الموكل ظاهر موضع الضمير (قوله فاذا بيع الدار) الصواب باع احد الشركاء حصته منها وقوله وتثبت ايضا للشريك الآخر محمول على كون المشترى شرى اصالة اذ لو ابقى على التعميم وفرض المشترى الوكيل

شريكا والموكل شريكا واثبت للشريك الآخر شفعة ايضا فى البايع منهم فلا يستقيم التصوير ولك اصلاح صورة المسئلة من غير حاجة لما ذكر اذا اريد دار الجار فى قوله بيع الدار الا ان قوله وفائدته الخ يكون حينئذ مستدركا ثم التصوير بهذه الصورة تمثيل لانه اذا اشترى زيد دارا وله بجنبها دار اخرى كالعمر ودار بجنبها فلزيد الشفعة كالعمرو وهكذا فى صورة التوكيل كما فى الشروح (قوله وفائدته) اى فائدة ثبوت الشفعة لمن شرى اواشترى له انها لاتثبت للجار لوكان من شرى اواشترى له احد الشريكين لان الشريك الخ (قوله لان اخذه) ولانه لوثبت له حق الشفعة لامتنع من تسليم المبيع الى المشترى بعد ما التزم ذلك بالعقد لكون حق الشفيع مقدما (قوله كانه سهو من الناسخ) وعبارته ولا فيما بيع الا ذراعا اقول لاسهو فى عبارته اصلا بيانه ان ما عبارة عن العقار وفى بيع ضمير مستكن عائد الى ما وقوله ذراعا نصب على الاستثناء لوكان مستثنى من الضمير المستكن والكلام الاستثنائى قوله بيع وهو موجب تام بذكر المستثنى منه فيجب نصب المستثنى ولو كان مستثنى من ما وهو واقع فى غير الموجب فحينئذ يختار كونه بدلا من المستثنى منه ولكن يجوز نصبه على الاستثناء على ان ما مجرور محلا بفى ولكنه منصوب المحل فيجوز ان يكون ذراعا منصوبا بدلا عن محله فظهر ان لامجال لحمل النصب على السهو هذا ثم كونه مستثنى من المستكن هو الصحيح لان استثناءه مما يقتضى ثبوت شفعة فى ذراع وليس المراد ذلك تدبر ثم عبارة المصنف غير صحيح لان ذراع اومستثنى من المستكن وجب نصبه ولو من ما وذا غير صحيح بحسب المعنى وجعله مستثنى مفرغا على انه قائم مقام الفاعل لبيع لايجوز لانه يقتضى خلو الجملة عن الضمير لما ويقتضى ثبوت المفرغ فى المثبت وذا مختص بالمنفى على ما صرح به فى محله فظهر ان القول ما قالت حذام وان المصنف استحق التمثيل بقوله وكم من عائب قولا صحيحا (قوله اى مقدار عرضه ذراع اوشبر الخ) اشاربه الى ان تقييد الاستثناء بمقدار الذراع للتمثيل وبيان التصوير لالمنع الزيادة والنقصان (قوله كذا اذا وهب للمشترى الخ) اعلم ان ما ذكره المصنف من صور الحيل اذا فعل كل منها ضررا اوفرارا من الشفعة لا على وجه التلجئة يصير مفيدا ومسقطا للشفعة وعليه كلام اكثر الشراح وكلام قاضيخان وذكر فى الاشباه اخذا من الولوالجية وغيره ان الشفيع لوادعى على المشترى انه احتال لابطالها يحلف فان نكل فله الشفعة وعليه كلام التجنيس والمزيد فسكوت المصنف عن هذا القول اختيار منه تنفيذ الحيل مطلقا وجعل صاحب الاشباه ما اختاره المصنف خلاف عدم تنفيذه لوفعل ضررا اوفرارا منها واقول ومن الله التوفيق ان للقاضى ان يهتم فى الحكم والعمل بانه اذا كان المشترى ممن يتضرر به الجيران كان اللايق على القاضى ان يعمل بعدم اسقاط الشفعة مهما امكن وان كان رجلا صالحا ينتفع به الجيران كان عليه ان يحكم باسقاط الشفعة وان تساويا فهو مخير فى العمل باى شاء هذا ما خطر بالبال (قوله فالجار شفيع فى الاول) اى فى السهم الاول وقوله لافى الثانى اى ليس الجار شفيعا فى السهم الثانى وقوله بل هو فيه جار كما هو اضراب من قوله الافى الثانى توطئة لقوله والمشترى شريك فى الثانى كما هو ديدن الشراح فى مثله وليس فى عبارة المصنف حزازة كما لايخفى (قوله ثم اشترى الباقى بدرهم) ويأتى مثله فى المسئلة الاولى بان يبيع ذراعا فى طول الحد الذى يلى الشفيع بجميع الثمن الا درهما والباقى بدرهم فايهما خاف من صاحبه شرط الخيار لنفسه ولو خافا شرطا معا ويجيزان معا ولو خاف كل ان اجاز لم يجز الاخر وكل كل وكيلا وشرطا ان يجيز بشرط ان يجيز صاحبه وهذه حيلة كما فى ايضاح الكرمانى

وشرح المقدسي (قوله ودفع ثوبا) اى عوضا عن الثمن دينا قيمته عشره اى عشر الثمن وهو مائة وهكذا المراد من قوله ويعطى عن الالف ثوبا قيمته عشره ومن ظن ان العبارة عشرة بالتاء وحكم بان اول كلامه لايوافق آخره لم يمعن النظر ولم يحسن الظن كما لايخفى (قوله فالاولى ان يباع بالدراهم) الثمن دينار اوكان قدر قيمة المنزل اودنانير قدر قيمته فيكون صرفا بما في ذمته من الدراهم فاذا استحق المنزل تعين ان لاثمن عليه فيبطل الصرف للافتراق قبل القبض فيجب الدينار او الدنانير (قوله وفاقا) اى بالاجماع ذكره فى النهاية عن شيخ الاسلام فى شرحه وقاسه القائل به على الزكوة وذكر شمس الائمة السرخسى فى مبسوطه ان ابطال حق الشفعة واسقاطه لابأس به اذلم يقصد المشترى الاضرار به وانما قصد الدفع عن ملك نفسه (قوله بان يقول الخ) او يقول للشفيع اشتره منى بما اخذت فيقول الشفيع نعم او اشتريت وقوله فيسلم الشفيع بان يقول نعم او اشتريت (قوله ويبطلها ايضا صلحه منها بعوض) ذكر فى المبسوط ان صلح الشفيع على ثلثة اوجه فى وجه يبطل شفعته وهو ماذكره المصنف وفى وجه يصح صلحه وهو ان يصالح معه على اخذ نصف الدار او ربعه بنصف الثمن او ربعه وفى وجه لايصح ولكن لايبطل شفعته وهو ان يصالحه معه على اخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن وحصته مجهولة يبطل الصلح ولكن لايبطل شفعته اذلم يوجد بهذا الصلح اعراضه عن الاخذ بالشفعة (قوله بعد البيع قبل القضاء بها) اى بعد البيع والطلبين قبل القضاء بها او قبل تسليم المشترى كما فى التشنيف وقوله لتقرره اى لتقرر حق الاخذ بالشفعة (قوله لااى لايبطلها موت المشترى) حتى او باعها القاضى اووصى المشترى فى دينه او وصيته فللشفيع ان يبطل البيع ويأخذها بالشفعة كما لو جعلها المشترى مسجدا اومقبرة اووقفا فله نقض ماصنعه لتقدم حق الشفيع كما فى ايضاح الكرمانى (قوله ويبطلها ايضا بيعه الخ) اطلقه ولكنه مقيد بان لايكون للبايع خيار الشرط اذلو كان له ذلك لاتبطل شفعته ابقاء المبيع فى ملكه وقيد بيعه بقبل القضاء لانه اذا باع بعد القضاء لا يبطلها لان حقه قد استحق فيها فلا يسقط كما فى التشنيف والتقييد بالبيع تمثيل لان كل ما كون سببا لخروجها عن ملك الشفيع فهو بمنزلة البيع كما فى البرجندى (قوله او وقفا مسجلا) اقول يكفى فيه كون الوقف مسلما الى المتولى و به يزول عن ملك الواقف والحكم بجواز البيع بعد التسليم باطل سبق تحقيقه فى كتاب الوقف (قوله كما تقرر فى الاصول) اى فى فصل التعارض بين الحجتين وذكر بعض التفصيل فى باب اليمين فى الحج والصلوة من الهداية وشروحه (قوله والايحلف المشترى) سقط من قلم الناسخ الضمير المنصوب هنا والتقدير يحلفه المشترى بقرينة قوله اذا حلفه المشترى وبقرينة رجوع الضمائر الى الشفيع فى بانه لم يترك اوطلب وفى قوله انا قام فالمحلف اسم فاعل هو المشترى والحالف هو الشفيع وهو المراد والخطأ انما يكون فيما لم يقبل التوجيه وقد عرفت ذلك وان اتفق الاهالى فى ان لفظ المشترى خطأ والصواب بدله الشفيع وعليك من حسن الظن للمتقدم (قوله ويدل على ذلك) اى على كون القول للشفيع وقوله لئلاينكر اى طلبه الشفعة والانكار يقتضى تحليفه وقوله يمكنه ان يحلف الخ جملة ان يحلف الخ فاعل يمكن والضمير المنصوب عائد الى الشفيع والامكان امامتعد بنفسه اوهذا من قبيل حذف الايصال اى منه والكاف فى كما سمع لمفاجأة بمعنى الوقت ومامصدرية فالتقدير وقت سماعه وقوله لانه يصح اى لان الطلب يصح الخ ولئلا يسقط حق الشفعة فيما بينه وبين الله تعالى كما فى شرح الاقطع لابى النصر البغدادى (قوله سمع شراءك) اى شراء زيد فسلمها فظهر شراء غيرك اى شراء عمرو فالشفعة للشفيع اذ الرضاء بجوار زيد لايكون رضاء بجوار عمرو

للتفاوت فيه ولو سمع ان المشترى زيد فسلم ثم تبين انه زيد وعمرو كان له ان يأخذ نصيب عمرو ولانه لم يسلم نصيبه كما فى المنبع (قوله قيمته الف اوا كثر) لم يتعرض لما قيمته اقل من الف درهم لظهور انه لايسقط فيه كما لم يتعرض لما اذا ظهر ان بيعه وقع باكثر من الف لظهور ان حق الشفعة تسقط فيه بالطريق الاولى نبه عليه فى الشرح كما لايخفى (قوله وان علم الخ) تصوير المقام انه اذا اخبر ان الدار بيعت بالف درهم فسلم الشفعة ثم علم انها بيعت باقل الخ (قوله وكذا تسليمه فى احد الجنسين الخ) يعنى اذا اخبر بانها بيعت بحنطة فسلم ثم تبين انها بيعت بشعير قيمة مثل قيمة الحنطة اواقل اواكثر فهو على شفعته لما ذكره المصنف وهو مذكور على التفصيل فى الشروح وقوله ولوانها بيعت بدنانير الخ مبنى على قوله اذا اخبر كقوله وان علم الخ واشار بقوله قيمتها الف اواكثر فى الموضعين الى انه لوكانت قيمتها اقل من الف فهو على شفعته فظهر ان قوله وان كان اقل الخ مصروف الى الموضعين ثم جميع ما ذكر هذا عند ائمتنا الثلثة وقال زفر له الشفعة فى الفصلين كما فى المنظومة والمبسوط والايضاح والهداية ولكن وضع فى الاسرار الخلاف بين ائمتنا الثلثة فعند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لاتبطل الشفعة وقال ابو يوسف تبطل استحسانا وجعل فى الذخيرة قول ابى حنيفة كقول زفر وقول ابى يوسف كقولنا المذكور فى المتن والتفصيل فى المنبع (قوله ان يأخذ نصيب احدهم) ولافرق بين ماقبل القبض وما بعده وعن ابى حنيفة انماله الاخذ بعد القبض والصحيح الاول كما فى الكافى (قوله فقسما) اى البايع والمشترى وقوله فقاسم فيه ضمير عائد الى الرجل وهو المشترى (قوله فللشفيع ان يأخذ النصف الخ) اطلاقه يدل على ان الشفيع يأخذ النصف الذى صار للمشترى فى اى جانب كان وهو المروى عن ابى يوسف وروى عن ابى حنيفة انه انما يأخذه اذا وقع فى جانب الدار التى يشفع بها اما اذا وقع فى الجانب الاخر فلا كما فى الكافى (قوله صح للاب والوصى الخ) اشار به الى ان لا فرق فى استحقاق الشفعة بين الكبير والصغير ولو حملا لم يولد بعد ثم لو مات ابوه بعد البيع يستحق الشفعة ان ولد لاقل من ستة اشهر ولومات قبله يستحقها ان ولد لستة اشهر فصاعدا ثم المراد بالاب الاصل فيشمل الجد والوصى باطلاقه يشمل وصى الاب ووصى الجد ووصى القاضى والمقدم ابوه ثم وصيه ثم جده ثم وصيه ثم وصى نصبه القاضى ثم صحة هذا التسليم عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد لايصح حتى لو بلغ الصبى يكون له الاخذ بالشفعة وهو قول زفر اطلق الصحة فشمل مالو بيعت باقل من قيمتها كما فى الحصر والمنظومة والمختلف وذكر فى الهداية وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابى حنيفة لايصح التسليم منهما ولارواية عن ابى يوسف (قوله وقال ابو يوسف يجوز مطلقا) اى يصحان اين كانا وهذا قول المرجوع اليه وقال محمد لايصح تسليمه بحال ويصح اقراره فى مجلس القاضى ولايصح فى غيره كما فى الكافى فظهر انه لاينبغى ان لايتعرض لقول محمد بعد التعرض للاختلاف

﴿ كتاب الهبة ﴾

يقال وهب له مالا وهبا وهبة وموهبة والهبة قد تطلق على الموهوب (قوله التى هى تمليك عين بلاعوض) اونقول البيع تمليك من الجانبين والهبة تمليك من احد الجانبين اونقول من اقسام الهبة ماهو فى معنى البيع وهو الهبة بشرط العوض بل هو بيع انتهاء فلذا اوردها عقيب البيع وملحقاته (قوله تمليك عين) اشار باللفظ الاول الى ان الواهب انما يكون حرا عاقلا بالغا مالكا للموهوب فلايقع من القن ولو مكاتبا وام ولد

ومدبرا ولا من المجنون والصغير ولا من الذى لم يكن مالكا للموهوب وبالثانى الى ان العارية والاجارة خارجتان عن الهبة (قوله بلاعوض) اى بلاشرط عوض فسره به لما ان المتبادر ان التعريف لمطلق الهبة الشاملة لهبة بشرط عوض وقد ثبت فى موضعه انه فرق بين بلاشرط شئ ولا بشرط شئ اذ الاول لاينافى وجدان الشئ فى ذلك والثانى يقتضى ان لايوجد فيه ومانحن فيه من قبيل الاول فهبة بشرط عوض تدخل فى التعريف اذ لم تنافه فتكون من انواع الهبة حتى لايحتمل الغبن ولا الفسخ به لقلة العوض ويشترط قبض كلا العوضين فيها وتبطل بالشيوع الا ان لهذا النوع شبها للبيع من وجه ولذلك ثبت الرد بالعيب وخيار الرؤية ونحوهما على ماسيجئ ولك ان تقول ان المراد تعريف الهبة الكاملة لا لمطلقها الشامل لهبة بشرط عوض كما ان تعريف الكفالة للكاملة لا لمطلقها الشامل بشرط براءة الاصيل فحينئذ يكون معنى بلاعوض بلا احتياج الى عوض وحسن مقابلتها بالبيع يقتضى ذلك لانه محتاج اليه والهبة من حيث هى هى لايحتاج الى العوض فى الاصل ووجدانه ولو شرطا فيها كما فى بعض الصور لايضر لانه امر زائد لاينافى الاصل بقى على هذا انه لابد من ذكر هذا النوع فى كتاب الهبة لانه من انواعها وان كان بيعا من وجه هذا ومايقال ان مؤدى عبارة المتن ملابسة تمليك العين بعدم عوض وذلك يكون بعدم كون العوض شرطا ويكون عدم العوض شرطا ويكون الترجيح بمعونة المقام بقى الكلام فى ان الهبة بشرط العوض واقعة لامحالة كما مر فى كتاب الشفعة ان الشفعة لاتثبت فى هبة الابشرط عوض وعلى ماقال صاحب الدرر يلزم خروجها عن تعريف الهبة وهو ظاهر فلايتم المراد بما ارتكبه فمدفوع بان معنى تمليك عين بعدم عوض اعم مما ذكره ومن كون المعنى تمليك عين بعدم شرط عوض وقد سبق ان ذا لاينافى وجدان شرط عوض بل المنافى انما هو التعبير لابعوض اى لابشترط عوض تدبر (قوله يراد به تمليك العين) اعترض على صاحب الهداية بانه استدل فى الكفارة على الشافعى بان الاطعام جعل الغير طاعما وهو لاينبئ عن التمليك بل عن الاباحة وهنا مال الى مذهبه واجيب بما حاصله بل تحقيقه ان الواقع فى آية الكفارة مطلق الاطعام وذا لغة منبئ عن الاباحة لا عن التمليك والكلام هنا فى الاطعام المضاف فان اضيف الى ماينتفع بعينه يراد به التمليك عرفا والى مالاينتفع بعينه يراد به العارية عرفا ايضا والمتعارف ان يجب حمل اللفظ عليه لا على كل مااحتمله لغة وعليه كلام صاحب التلويح فى اوائل التقسيم الرابع حيث نقل ضابطة على ما ذكر فظهر ان لاغبار على تقرير صاحب الهداية وان اختار المصنف ماذكره صاحب المحيط البرهانى (قوله يحتمل التمليك والاباحة) اقول صاحب المحيط نقل هذا الاحتمال عن الاصل وذا صريح فى ان قوله اطعمتك هذا الطعام يحتمل الامرين الهبة والعارية وانما يخص بكونه هبة اذا قيده بقوله فاقبضه والاعتراض السابق لايتجه على مافى رواية الاصل لان الاختصاص انما يستفاد من قوله فاقبضه لا من اضافة الانعام الى المفعول الثانى فيكون الاطعام فى آية الكفارة على التعميم كما هو اصل وضعه كما لايخفى (قوله وسيأتى تمام بيانه فى آخر هذا الكتاب (قوله لانه قد يراد به الهبة مجازا واذا نوى ما يحتمله لفظه الخ) وفيه تشديد عليه يعتبر نيته (قوله يقال حمل الامير فلانا على الفرس) ومنه قول القبعثرى مثل الامير يحمل على الادهم والاشهب (قوله يراد به التمليك) اقول الظاهر منه انه لو قال الامير حملتك على هذه الدابة كان هبة مطلقا كما فى الخانية حيث قال هى من السلطان هبة (قوله فانها كالبيع)

لاتصح الا بالايجاب والقبول اقتفى فيه اثر صاحب الكافى والكفاية والتحفة وقال الامام خواهر زاده فى مبسوطه ركنها مجرد ايجاب الواهب والقبول شرط ثبوت الملك للموهوب له ومال اليه اكثر الشراح وفى البدايع القبول ليس بركن استحسانا والقياس ان يكون ركنا وهو قول زفر وباقى التفصيل فى التكملة وذكر فى المنبع انما عدل القدورى عن لفظ تنعقد الى تصح لان الهبة تتم من جانب الواهب لانه تمليك من جانب واحد ولهذا لوحلف لايهب من فلان فوهب ولم يقبل يحنث بخلاف البيع (قوله ولوشاغلا لملك الواهب) اى متحيزا فى ملكه اراد به ان الشاغل الموهوب ليس من جنس ملك الواهب المشغول والمحوز المفرز المقسوم الآتى يقتضى المجانسة فلايدخل هذا تحت ذلك فزيادة هذا القيد مفيدة لامفسدة كما ظن (قوله فتتم بالقبض فى مجلسها) وهكذا الحكم من غير فرق فى الصدقة والقرض والرهن والبيع الفاسد لانها كالهبة فى الافتقار الى القبض كما فى المنبع هذا الذى ذكره فى هبة العين امااذا وهب الدين فانه لم يجز مالم يأذن فى قبضه وقبضه فى المجلس بحضرته لايجدى نفعا كما فى الشروح (قوله اونهاه) وذكر فى المحيط وغيره ان القبض لايخلو من ثلثة اوجه امر الواهب بالقبض اونهاه عنه اوسكت ففى الامر صح قبضه فى المجلس وبعده وفى النهى لايصح قبضه اصلا وفى السكوت ان قبضه بحضرة الواهب يصح استحسانا لاقياسا وان قبضه بعد المفارقة لايصح انتهى ولوكان الموهوب غائبا فقال الواهب وهبتكه فاذهب واقبضه فقبضه جاز وان لم يقل فى المجلس قبلته قال به ابو بكر وقال ابو القاسم لم يكن الهبة للموهوب له ما لم يقل فى المجلس قبلت وقال قاضيخان ويقول ابى بكر رحمه الله تعالى نأخذ (قوله اولايبقى الخ) اختاره اكثر الشراح وذكر شيخ الامام الزاهد احمد الطواويسى كل مايوجب قسمته نقصانا فيه فهذا مما لايحتمل القسمة وكل مالايوجب نقصانا فيه فهذا مما يحتمل القسمة اختاره فى الذخيرة (قوله لااى لايتم بالقبض) اشار به الى ان هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة فى نفسها ولكن توقف ثبوت الملك على الافراز والتسليم والعقد اذا توقف حكمه على امر آخر لايسمى فاسدا كالبيع بشرط الخيار اليه اشير فى المبسوط وغيره اذ لوكانت القسمة شرط الصحة لاحتيج الى تجديد عقد كما فى المقدسى حاصله جواز الهبة فى الحال وثبوت الملك بالقسمة والتسليم (قوله لايملكه) وبه قال الطحاوى وذكر عصام ان القبض يفيد الملك ولايكون مضمونا فى يده وبه اخذ بعض المشايخ كما فى فتاوى قاضيخان والنهاية (قوله هذه نظائر المشاع لاامثلتها) ومثال مشاع يقبل القسمة كنصف دار كبيرة وربع صبرة معينة ونحوهما مما سبق من الامثلة وانما اورد النظائر لاهتمام الافادة والتنبيه على ان الحكم فيها بالطريق الاولى كما هو حال التشبيه ظاهرا غايته التساوى فيكون من قبيل تشبيه احد المتساويين فى الحكم بالآخر والاول هو الظاهر قال فى العمادية ان هبة اللبن فى الضرع فى رواية لايجوز وفى رواية يجوز اذا سلطه على الحلب انتهى وفى التاتارخانية وهبة اللبن فى الضرع لايجوز فى احدى الروايتين من كتاب الهبة وان سلط على الحلب هو الصحيح انتهى لعل صحة عدم الجواز لان الحلب يقبل التفاوت فيؤدى الى النزاع على ان القبض لم يوجد اذ اللبن فى الضرع عند الهبة وهو متصل بملك الواهب هذا وقال فى الكافى ولو وهب زرعا فى ارض اوثمرا فى شجر اوحلية فى سيف او بناء فى دار اوقفيزا من صبرة وامره بالحصاد والجذاذ والنزع والنقض والكيل وفعل صح استحسانا ويجعل كانه وهبه بعد الحصاد والجذاذ ونحوهما انتهى لعل وجه الاستحسان ان الحصاد ونحوه لايقبل التفاوت فلايؤدى الى النزاع هذا

فيكون كطعام فى جرابه الا انه لما كان اتصال كل منها بملك الواهب خلقة عد من قبيل المشاع (قوله صح هبتها) الظاهر الموافق لماسبق تمت هبتها كما لايخفى (قوله لان الموهوب فى حكم المعدوم) فيبطل هبته والباطل لعدم المحل لاينقلب بوجوده سائغا بخلاف الشايع فانه لوجوده ان العقد متصور قبضه الا انه غير كامل كما فى المقدسى وقوله بخلاف المشاع الخ مرتبط بقوله لان الموهوب فى حكم المعدوم وقوله على ماعرف فى الغصب من الغاصب يملكه بالاستخراج لتحوله الى حقيقة اخرى (قوله فى الفصل الاول) وهو قوله اووهب متاعا الخ) وقوله وفى الثانى وهو قوله ولو وهب دارا و فيها متاع الواهب الخ (قوله فقبض الكل باذنه) بان يسلم الكل او بان يقبضه فى مجلس الهبة هذا غاية توجيه المتن الموافق لماسبق وقوله وانما قال باذنه الخ اخل فى نقل كلام الكافى هذا هنا لان صاحب الكافى انما قال بقوله و ان لم يأذن له بالقبض الخ يعنى ان لم يأمره بالقبض بعد قوله و امره بالحصاد و الجذاذ و النزع الخ (قوله بخلاف ماذا تفرق التسليم)قال المقدسى وهب دارا بها متاعه وسلمها ثم وهبه المتاع صح فيه خاصة ولو عكس صح فيهما انتهى (قوله و ينوب القبض) هذه النيابة استحسان وجهه ان القبض فى المجلس بمنزلة القبول لما ان الايجاب من الواهب كما يكون تسليطا على القبول يكون تسليطا على القبض لتوقف الملك عليهما فظهر ان قوله باذنه فى الشرح ليس فى محله لايهامه خلاف المقصود كما لايخفى (قوله لاعند ابى يوسف) فانها لايكون قبضا عنده فى المنقول حتى يلزمه عن مكانه كما فى الخانية (قوله اقول عده صورة الاستحسان الخ) اقول استخراج عبارة صدر الشريعة على ماقاله المصنف غير صحيح بل التحقيق فى عبارته انه اورد اولا الشيوع المقارن مفسد والشيوع الطارى غير مفسد ثم اورد مثالين على طريق عكس ترتيب اللف وهو احد انواع اللف والنشر على ماصرح به فى علم البديع ولا تخصص فى كلامه بان المثال الثانى ايضا مثال للشيوع الطارى فظهر ان كلامه موافق لما فى الكافى وغيره وان اعتراض المصنف عليه غير وارد وانه لاحاجة الى تأويل الاستحقاق بالاستحقاق الطارى الغير المستند الى ماقبل الهبة كأن وهب رجلا مائة دراهم فاودعه الموهوب له عند رجل له على الموهوب له خمسون درهما فاذا ظفر بجنس حقه استحق ان يأخذ مقدار حقه على ان الاستحقاق لايطلق على هذا الاخذ بل التعبير فيه له ان يأخذ مقدار حقه والحق ماسبق من التحقيق كما لايخفى (قوله قال وهبت لك هذه الغرارة الحنطة) قوله الحنطة بدل اشتمال من الغرارة فيكون الموهوب الحنطة وكذا الحال فى قوله اوازق السمن وانت خبير بان هذه المسئلة داخلة تحت هبة متاع فى داره الا ان فى هذا التعبير نوع مغايرة يحتاج فى الادخال تحته الى نوع دقة افردها بالذكر (قوله وهبت دارها زوجها) وفى خزانة المفتين واذا وهبت المرأة دارها لزوجها و هى ساكنة فيها اولها امتعة فيها والزوج ساكن معها تصح (قوله وتم هبة ما مع الموهوب له) اطلقه فشمل كون قبض الموهوب له قبض الضمان اوقبض الامانة وعليه تفصيل الشرح تدبر (قوله اوامانة تعميم بعد تخصيص) اى كما فى يد الراعى والملتقط ونحوهما (قوله واذا اختلفا ناب الاقوى عن الاضعف) كما اذا كان الموهوب فى يد الموهوب له غصبا اواجارة حيث ينوب عن قبض الهبة وقوله بلاعكس وهو ان قبض الامانة لاينوب عن قبض الضمان كما فى البيع والرهن (قوله اى الاب) قيد الاب للتمثيل اذ الحكم كذلك اذا وهب له جده اووصيهما اذا كان الصغير فى عيالهم وقوله لطفله اشار به الى انه لووهب للكبير لاتتم الابقبضه ولوكان فى عياله كما فى المحيط وقوله

بالعقد ويكفي فيه الايجاب كما في بيع ماله من صغيره كما في البحر الرائق والطفل يشمل الصغير والصغيرة وتذكير الضمير الراجع اليه بناء على لفظه (قوله او يد مودعه) وكذا يد المستعير كما في المقدسي وقوله او المرتهن وكذا لو كان في يد المشتري شراء فاسدا حيث لايجوز ان يهبه البايع لابنه الصغير كما في المنبع (قوله اذا كان الموهوب معلوما) اطلقه فشمل المشغول بملك الواهب كما في فتاوى ابي الليث وعليه الفتوى كما في الظهيرية وشمل ما اذا كان الموهوب عبدا آبقا اوارسله في حاجته فوهبه له قبل عوده فانها صحيحة كما سيجئ ومن محاسن هذا الباب ان يعلم ولده الصغير الهبة والتصدق قال الامام ابومنصور يجب على المؤمن ان يعلم ولده الجود والاحسان كما يجب عليه ان يعلمه التوحيد والايمان اذ حب الدنيا رأس كل خطيئة كما في النهاية ويكره تفضيل بعض الاولاد على البعض في الهبة حالة الصحة الا لزيادة فضل له في الدين وان وهب ماله كله لاحدهم جاز قضاء وهو آثم كما في المحيط والتسوية بين الذكور والانثى في الهبة قول ابي يوسف وقال محمد للذكر ضعف الانثى وقول ابي يوسف هو المختار كما في الخلاصة وعليه الفتوى كما في المقدسي ولوكان ولده فاسقا لايعطى له اكثر من قوت يومه وصرف ماله الى وجوه الخير وجعل ولده الفاسق محروما عن الميراث خير من تركه له لان فيه اعانة على المعصية ولو اتخذ لولده ثوبا ثم اراد ان يدفعه الى غيره لبس له ذلك الا ان يبين وقت الاتخاذ انه عارية فحينئذ يجوز له الدفع كما في الخلاصة (قوله وتم ايضا ماوهب اجنبي له بقبضه) اطلقه ولكنه مقيد بما اذا كان فيه نفع له اما اذا كان فيه ضرر كأن يكون العبد الموهوب عبدا اعمى فلايصح ولايتم لان فيه ضرر حيث يلزمه النفقة كما في البرجندي واطلق تمامه فشمل ما اذا كان الاب حيا اوميتا كما في الخلاصة واشار بتمامه بقبضه الى انه لورده صح رده كما في المبتغى وذكر في المبسوط ان من وهب للصغير شيئا له ان يرجع فيه وليس للاب التعويض من مال الصغير وذكر في الخانية و يبيع القاضي ماوهب للصغير حتى لايرجع الواهب فيه (قوله عاقلا) اى مميزا بعقل التحصيل (قوله اوقبض ابيه او جده الخ) تبع المصنف في هذا الترتيب الذكرى الى صاحب الكافي ولكن صرح في الخانية بان وصي الاب مقدم على الجد اب الاب وعليه تعليل المصنف كما لايخفى اطلق قبض هؤلاء الاربعة فشمل ما اذا كان في حجره اولا ولايجوز قبض غير هؤلاء الاربعة مع وجود واحد منهم سواء كان الصغير في عيال القابض اولم يكن وسواء كان ذارحم محرم اواجنبيا والمراد بالوجود الحضور فان غاب الاب غيبة منقطعة فالقبض لوصي الاب ثم وثم كما في الخلاصة وذكر في الخانية ان من هو في عياله لوقبض الهبة والاب حاضرا اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لايجوز والصحيح هو الجواز انتهى وعليه الفتوى كما في البزازية سواء كان من يعوله قريبا اوزوجا اواجنبيا كما في المنبع (قوله اوقبض اجنبي يربيه) وهومعه لانه اذا كان في عياله فله حفظ نفسه وماهو نفع له وقبض الهبة من النفع المحض بل له عليه ضرب ولايته ولذلك يؤدبه ويسلمه في صناعة واذا اراد اجنبي آخر ان ينزعه من يده لم يكن له ذلك كما في المنبع (قوله بعد الزفاف) اى بعد ارسالها الى زوجها اشار به الى ان كونها محتمل الجماع ليس بشرط بعد كونها في عيال الزوج وهو الصحيح كما في الذخيرة والى انه لوكان المانع من الدخول من قبل الزوج وهي في عياله جاز قبضه كما في البحر الرائق (قوله وعكسه وهو هبة واحد لاثنين لايصح) هذا عند ابي حنيفة واما عندهما فيصح لان التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع اطلقه ولكنه مقيد بكونهما كبيرين اذ لوكان احدهما صغيرا في عياله

لم يجز الهبة اتفاقا كما في المحيط ومقيد بان لم يبين نصيب كل واحد اذ لو بينه بان قال وهبت
لاحدهما نصفه او ثلثه وللآخر الباقي يجوز عند محمد ولم يجز عند الشيخين وذكر في الهداية
عن ابي يوسف فيه روايتان وفي الايضاح وعنه ايضا انه اذا قال وهبت لكما هذه الدار لهذا
نصفها وللآخر نصفها فهو جائز بخلاف ما لو قال وهبت لهذا نصفها ولهذا نصفها
اذ في الاول وقع الشيوع في التفسير وفي الثاني في نفس العقد واراد المصنف بالدار ما يحتمل القسمة
فيشمل نحو الدراهم كما في الحقايق ولو قسمها وسلم لكل منهما حصته صحت وملكاها لما سبق
(قوله كتصدق عشرة الخ) يعني لم يجز تصدق عشرة دراهم على غنيين هذا عند
ابي حنيفة خلافا لهما وفي التحفة قيل يجوز التصدق على غنيين لانهما محل صدقة التطوع
(قوله ثم الباقي) عطف على نصف الدار اي ثم وهب الباقي كذلك كما هو المتبادر بحسب
المقام فيكون معنى قوله وسلم مرعيا ايضا في الباقي ولذلك تركه والمراد بعدم الجواز فساد الهبة
وعدم تمامها حتى جاز تصرف الواهب فيه بيعا وصدقة لا آخر ولم يجز تصرف الموهوب له
فيه فيكون مضمونا عليه كما في المبتغى (قوله قال لرجل وهبت لك درهما منهما) يعني وسلمهما
وهو المراد وقوله لم يجز الا ان يفرز احدهما فحينئذ جازت (قوله فمع ظهور يده تملكهم
ان دخل فيها اقول الظاهر ان يكون هنا سقط من قلم الناسخ اذ المقام يقتضي ان يصوره كذا
بخلاف الداخل في دار الحرب فانه ظهرت يده على نفسه فمع الخ وبه يستقيم مراجع
الضمائر فضمير يده عائد الى الداخل لا المتردد وضمير تملكهم عائد الى اهل دار الحرب او الى
اهل الدار كما هو الاظهر هنا وضمير فيها الى دار الحرب (قوله اذا اذن له الواهب في نقضه)
لا فرق بين الاذن الصريح والامر في اصطلاحهم ولكن تأثير الاذن والامر في الصحة
استحسانا انما يكون فيما له اتصال قرار ويكون الموهوب شاغلا لا فيما يكون مشغولا على ما صرح به
في الكافي فقول المصنف وهبة ارض الخ محل بحث وتخالف لما صرح به فيه ويمكن دفعه
بان الواهب لما اذن الى تخليص الموهوب عن كونه مشغولا فخلصه الموهوب له صار كتمام القبض
كتمام قبض البناء بالنقض هذا (قوله بملك الاولى) بضم الميم وكسر اللام المعطي لفظا ومعنى
اي الواهب لا بفتح الميم وفتح اللام بمعنى المالك اذ لم يشتهر اطلاقه على مالك غير الرقيق
كما لا يخفى ﴿ باب الرجوع ﴾ لما بين ثبوت الملك للموهوب له لكنه اعم من كونه
لازما او غير لازم بان صح الرجوع او لم يصح اراد بيان مواضعهما (قوله صح) اي الرجوع
اراد به مجرد جواز الرجوع فلا يمنع انه مكروه كراهة تنزيه كما في المبسوط والنهاية او كراهة
تحريم كما في التبيين والمنبع ورجح المقدسي كونه كراهة تحريم وفي الخانية لا ينبغي ان يشتري
الواهب الموهوب من الموهوب له لانه يستحيي فيأخذه باقل من قيمته الا الوالد لان شفقته تمنع
الشراء باقل من قيمته وفي المقدسي لو قال اسقطت حقي من الرجوع لم يسقط (قوله اراد
من لم يكن ذا رحم محرم منه) هذه الارادة بقرينة قوله ومنعه المحرمية بالقرابة ومثل هذا
الاعتبار غير بعيد من ارباب المتون فلا يكون ايجازا مخلا وقوله فخرج به اقول الظاهر فدخل
فيه اي في الاجنبي تدبر (قوله ما لم يثب منها) مبني للمفعول من اثاب الله يثيب اي عوض (قوله
لانها لا يكون هبة الخ) ولانه مد هذا الحق الى وصول العوض اليه وذا في حق الرجوع بعد التسليم
كما في الكافي وشروح الهداية واعترض عليه بانه يجر الى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح
اراد به صاحب العناية اقول الغاية عندنا من قبيل الاشارة لا المفهوم فلا ينفيه وقد سبق تفصيل

في فصل كتاب البيوع ولانه اثبت للواهب حقا اغلب من حق الموهوب له ولاحق له قبل القبض كما في الشروح واعترض عليه بان احق يحتمل ان يكون في تأويل اسم الفاعل او الصفة المشبهة بقرينة خلوه عن الاشياء الثلثة فالمعنى الواهب حقيق بهبته غايته ان الاحتمال قادح في مقام الاستدلال على ان في ابقاء معنى التفضيل ترجيح جانب الكراهة فالوجه ان لايحمل عليه فلايقتضي ان يكون فيها حق لغيره ولاان يكون حق الرجوع بعد التسليم فيحصل التوفيق بين الحديثين اقول لاشك ان المتبادر في الحديث كون احق للتفضيل بقدر غيه من كما في الله اكبر فيحمل عليه على انا سلمنا انه احتمل التجريد عن معنى التفضيل ولكن الاحق كون الاحق على معنى التفضيل وقد ثبت في موضعه ان المحتمل يصلح ان يكون دليلا عند ترجحه فالاستدلال به صحيح وان ثبوت الكراهة لاينفي ثبوت حق الواهب في الموهوب ولا اغلبيته فترجيح ذلك الحق لايقتضي ترجيح الكراهة لاختلاف متعلق كل منهما كما لايخفى (قوله كما في الاباء الخ) اطلق كلا من هذه الفرقة فشمل ان يكون كل منهم مسلما او ذميا او مستأمنا كما في المبسوط واووهب لعبد كل منهم والعبد اجنبي فله الرجوع عند ابي حنيفة خلافا لهما ولوكان العبد ذارحم محرم ايضا فلا رجوع له عند ابي حنيفة ايضا هو الصحيح ولو كان العبد والمولى كلاهما اجنبيين فله الرجوع بالاجماع ثم لو اراد الرجوع فيما له رجوع والمال في يد المولى وهوغائب لبس له ان يرجع مالم يحضر وكذا لوكان في يد العبد وهو محجور عليه ولو اختلف الواهب والعبد في الحجر والاذن كان القول قول الواهب فله الرجوع ولو برهن العبد على حجره لايقبل كما في المنبع (قوله ثم ان موانع الرجوع سبعة) وزاد في المبسوط قسما آخر وهوالتغير من جنس الى جنس اقول ومن لم يقل به ادرجه في نوع الهلاك كما ستري (قوله وزيادة متصلة) قيد بالاتصال لانها لومنفصلة كالولد والارش والعقر لم تمنع الرجوع كما في الشروح ولايذهب عليك ان التمثيل بالولد غير ولد المستولدة فان ذلك يمنع الرجوع مطلقا متصلا ومنفصلا على ماسيجئ تحقيقه (قوله كبناء وغرس) وهكذا التطيين والتجصيص والقصارة زيادة تمنع الرجوع دون الغسل واذا رجع جارية الى دار الاسلام زيادة تمنعه وتعليم القرآن والحرفة والاسلام زيادة تمنعه وعن محمد له ان يرجع وهو قول زفر كما في الخانية والذخيره والمنبع وماذكر في منية المفتي نقلا عن السراجية ان الاسلام والتعليم ليسا بزيادة مانعة عن الرجوع فمحمول على مروى عن محمد والا يكون مخالفا لما في المعتبرات (قوله فلان الملك قد انتقل الى الورثة) ان قلت هذا التعليل يقتضي دخول صورة موت الموهوب له من هذا النوع في النوع الخامس قلت لماقضيت ديون الميت ووصاياه من تركته فكانها لم تخرج عن ملكه بالكلية فعدت من هذا النوع (قوله فلان النص) ولانه لما كان غرض الواهب اظهار الجود والسخاء ورجوع الوارث يبطل عليه ذلك (قوله خذه عوض هبتك) قوله عوض هبتك امابدل من الضمير المنصوب اوحال وكذا بدلا وعنها صفة مصححة اومحسنة على تقدير كونه بدلا وقوله بمقابلتها حال (قوله فقبض) اشار به الى انه يشترط في العوض شرائط الهبة من القبض والافراز كما اشار بقوله خذه الخ الى انه يشترط في كونه عوضا ان يذكر لفظا يعلم الواهب انه عوض واشار بعنوان العوض الى انه يشترط ان لايكون العوض بعض الموهوب حتى لوعوضه به فله ان يرجع في الباقي كما في المبسوط هذا اذا كان عقد الهبة واحدا امالوكان متعددا فعوض الموهوب بعقد او بعضه عن الآخر كان عوضا كما في الحاشية الكمالية والى انه يشترط

ان يكون العوض مالا ولوقليلا بالنسبة الى المعوض فعوبض المسلم خمرا لهبة النصرانى لايجوز فله ان يرجع فى هبته كما فى الخانية والى انه من جنس الهبة اومن غير جنسها لانها ليست معاوضة محضة فلايتحقق الربوا كما فى البيانية (قوله وخروجها عن ملكه) بان باعه اووهبه وسلمه اواعتقه اونحو ذلك من اسباب الخروج عن الملك) واراد بالخروج عن ملكه عدم بقاء الموهوب فى ملك الموهوب له ملكا كاملا فانه اذا دبر اواستولد الموهوبة فكانت ام ولده يخرج المدبر والمستولدة عن ملكه الكامل فيمنع الرجوع هكذا افاده البرجندى وقبله القهستانى وهوالحق فظهران فتوى واقعة بمكة حكاها المقدسى فى شرحه وهى وهب امة فاستولدها الموهوب له هل يرجع الواهب افتى بعضا بالرجوع انتهى ليست بصحيحة كما لايخفى (قوله فان تبدل الملك كتبدل العين) حتى لووهب دراهم فاستقرضها من الموهوب له فانه لايرجع فيها لاستهلاكها كما فى الخانية (قوله والزوجية) اطلقها فشمل مالوكان احد الزوجين مسلما والآخر كافرا فالحكم سواء لشمول المعنى كما فى المنبع والتشنيف وذكر فى خزانة المفتين قال لها زوجها قولى وهبت لك مهرى فقالت وهى اعجمية لاتحسن العربية لاتصح الهبة بخلاف الطلاق والعتاق والفرق ان الرضاء شرط جواز الهبة لاالطلاق والعتاق انتهى ويتفرع عليه ان الهبة مع الهزل لاتصح وان زعم بعض كما فى المقدسى ولووهبت المرأة شيئا لزوجها وادعت انه استكرهها فى الهبة تسمع دعواها كما فى البحر (قوله بلاعجب) اى حجب نقصان اوحرمان وقوله وبطلان عطف على قوله جريان اى بطلان الشهادة وهو المراد وهو المذكور فى عامة الشروح وذكر فى بعضها بدله و برد شهادة كل منهما للآخر فظهران لفظ الشهادة ساقط من قلم الناسخ (قوله وهلاك الموهوب) اطلقه فشمل ماهلاك حقيقة كالهلاك بالموت اوالتلاشى اوحكما كالهلاك بصيرورته شيئا آخر كطحن الحنطة وكسرا للبن وجعل السكين سيفا و قلع الشجر حتى صار حطبا كما فى المنبع (اقول انت خبير بان الهلاك الحكمى لوكان من قبيل قسم زاده صاحب المبسوط فله وجه بل لوعد التدبير والاستيلاد من هذا القسم فله وجه ايضا وكذا ايضا فقلت فيه (قوله صدق بلا حلف) ولوقال الواهب هى هذه حلف المنكر انها ليست هذه كما فى الخلاصة قيد الدعوى بالهلاك لانه لوادعى الموهوب له القرابة المحرمية يستحلف الواهب لانه ادعى بسبب النسب مالا لازما فكان المقصود اثباته دون النسب كما فى الخانية (قوله الخرق) الطعن يقال خرقتهم بالنبل اى اصبتهم به الظاهر ان هذا التركيب اعنى دمع خرقه تركيب لمجرد الضبط وليس له معنى معتد به وغاية مايتكلف له ان يكون دمع مبتدأ تخصص بكونه فاعلا فى المعنى والجملة خبره والمعنى اصابه دمع اوانما اصابه دمع او يقال ان للفظ حروف مدخلا فى المعنى ومعناه هنا الاطراف فيكون حروف مبتدأ ودمع بالجر لاضافة اليه والضمير المرفوع فى خرقه راجع الى الحروف على طريقة قوله والملائكة بعد ذلك ظهير والضمير المنصوب راجع الى المصاب هذا اذا كان خرقه فعلا ومفعولا اما لوكان جمع خارق خبر مفردا وصفة والتاء الموقوف عليه بهاء يعبر بالهاء او يكون حروف مجرورا لاضافة اليه لوجها وخرقه صفة لحروف اودمع (قوله فوهبه اى الرجل العبد) الظاهر اى الرجل الشئ ولوكان بدل شيئا عبدا كما فى الخانية لناسب هذا التفسير(قوله ثم رجع الثانى) يعنى بالقضاء اوالرضاء او رد عليه اى بالرضاء من غير رجوعه هذا هو المراد لان صحة الرجوع انما هى باحدهما عندنا على ماسيجئ وقوله اورد وهو المصرح به فى المحيط والذخيرة ومعناه اورده الموهوب له برضاه من غير رجوع الواهب

او بخيار عيب ورؤية عند شرط العوض على ماسيجئ (قوله ان كان فقيرا) قيد به لانه لوكان
غنيا يكون هبة فيشترط القبض واذاقبضه كان بمنزلة الرجوع بالتراضى فلبس للموهوب له
الثالث ان يرجع فيه ولكن للواهب الاول ان يرجع فيه وهكذا الحال فى تصدق الثانية وهبته
للاول حيث لايرجع الموهوب له فيه صرح به فى المنح (قوله ان كان غنيا) فيه لانه لافرق بين
ان يكون غنيا اوفقيرا فى صورة البيع (قوله يرجع فى استحقاقه نصفها) اطلقه ولكن المراد
نصف هبة ممالم يقسم وهكذا المراد من العوض اما اذا كان كل منهما ممايحتمل القسمة فاذا
استحق العوض يبطل و يرجع الى الهبة واذا استحقت الهبة تبطل و يرجع فى العوض كما
فى البدايع والمحيط واشاربه الى انه لواستحق كلها فرجوعه بكل العوض كذلك من غير فرق
الاانه وضع المسئلة على استحقاق نصفها لما فى مقابلها وهو استحقاق نصفه مخالفة زفر
حيث لم يفرق بين الاستحقاقين على ماصرح به فى الشروح والفتاوى وقيد بالاستحقاق لانه
لووجد الموهوب له فى الهبة عيبا ولوفاحشا وكذا لووجد الواهب فى العوض عيبا لبس لكل
منهما ان يرده و يرجع لان الرد بالعيب من احكام المعاوضة والهبة لبست كذلك كما فى ايضاح
الكرمانى (قوله بنصف عوضها اوقائما) او بمثله فى المثلى لوهالكا و بقيمته لوقيميا كما فى غاية البيان
(قوله ورجع فى الكل كما رجع فى الكل) لواستحق كل العوض هذا ان كانت الهبة قائمة اما
لوكانت هالكة فلم يرجع بمثلها ولابقيمتها كما فى عامة الشروح وقوله بخلاف مااذا كان الخ هو
المذكور فى الاسرار (قوله رجع فى النصف) ولوكانت الهبة ممايقسم فلاتفسد لمامر ان الشيوع
الطارى لايفسد العقد اطلق الرجوع فى النصف فى جواب لو فشمل الصورتين اى صورة
عدم البيع وصورة بيع نصفها وقوله لان له الرجوع الخ تعليل على الشمول كما لايخفى (قوله وذا
اى الرجوع انما يصح) اشاربه الى ان الواهب لواستردها بغير قضاء اورضاء كان عاصيا وغاصبا
حتى لوهلك فى يده ضمن للموهوب له مثله لو مثليا وقيمته لو قيميا كما فى المنح اعترض عليه بان
الرجوع اذا كان بالرضاء فبها واما اذا كان بالقضاء فكيف يسوغ للقاضى الاعانة على المعصية
بل هى معصية اخرى وقضاء القاضى لايحلل الحرام ولايحرم الحلال فاذا لم يحل الرجوع
لايصير بالقضاء حلالا على انه لوثبت اصل الرجوع فانما يثبت بوراه وكراهة فكيف يسوغ
للقاضى الاقدام على امروراه مكروه واجيب بان محل القضاء جواز الرجوع عنها وذلك الجواز
حكم شرعى على اصل ائمتنا وان كان نفس الرجوع مكروها وذا لبس باعانة القاضى وانما يلزمه
القاضى دفعها اليه وهو واجب على الموهوب له بعد ان رجع الواهب بلا مانع عن الرجوع
ولم يكن القاضى فيه محلل حرام ولاعكسه بل جعل الضعيف قويا سيما كان الضعف ناشيا
من الاختلاف فلامنع للقاضى عن الاقدام على الحكم سيما اذا وافق مذهبه كما لايخفى (قوله
بحقه) الباء للسببية اوللاستعانة وهكذا فى قوله بملكه (قوله فصح اعتاق الموهوب) اراد به
صحة تصرف الموهوب له من العتق والبيع والتدبير ونحوها كما فى القهستانى والتبيين وقوله
لقيام الخ تعليل لقوله لم يضمن وقوله وهذا اى عدم الضمان دوام علته اى علة عدم الضمان
(قوله فسخ لعقد الهبة من الاصل) اى فى المستقبل فلايبطل اثر العقد فيما مضى فلا يعود
الزوائد المنفصلة الى ملك الواهب برجوعه كما فى جامع الفصولين ولو بيعت بجنب الهبة دار
ثم رجع الواهب لم يكن له ان يأخذها بالشفعة وايضا لووهب مال الزكوة من رجل قبل الحول
وسلمه اليه ثم رجع بعد الحول لم يجب على الواهب زكوة مامضى فرجع الكل عدم العود

الى ملكه القديم فيما مضى كما فى الذخيرة (قوله لاهبة للواهب) خلافا لزفر فان عنده الرجوع بالتراضى هبة مبتدأة وقاس على الرد بالعيب فانه بالقضاء فسخ وبغيره بيع مبتدأ ورجح كونه فسخا مطلقا وهو قول علمائنا الثلثة كما فى الشروح وعليه كلام المصنف حيث لم يذكر قول زفر رأسا (قوله قضى ببطلان الرجوع لمانع) نقله المصنف من المحيط وهكذا فى الذخيرة والخانية وذكر فى التبيين وغيره ان الموهوب له اووصيفا فشب عند الموهوب له وكبر وطال ثم صار شيخا فقلت قيمته لم يرجع فيه وعلى هذا جميع الحيوان وعلل بانه زاد من وجه وانتقص من آخر وحين زاد سقط حق الرجوع فلا يعود وانت خبير ليس بين هذا و بين ماذكره المصنف منافاة لان الذات لم يعد الى حاله الاولى ولكن ذكر الناطفى فى اجناسه انه يرجع ولعل وجهه ان الذات بعد زوال الزيادة هو الذات الاول (قوله فلا يستحق فيه السلامة) اى فى عقد التبرع وهكذا حال المستعير بخلاف عقد المعاوضة وقبض يكون للدافع فللمشترى ان يرجع على بايعه وللمودع وللمستأجر ايضا كما فى الخانية فى اول فصل مسائل الغرور من البيع وذكر فى الذخيرة ان الواهب لوضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصا يرجع على الواهب (قوله وهى بشرط العوض) اراد به المعين اذ فى اشتراط العوض المجهول يكون هبة ابتداء وانتهاء لبطلان اشتراطه وقد سبق ان الهبة لاتبطل بالشرط الفاسد والصدقة بشرط العوض بمنزلة الهبة بشرط العوض كما فى المنبع (قوله قبضهما للعوضين) اللام فيه للعهاد كما فى هدى للمتقين والضمير المجرور فى بشرطه عائد الى العوض وفى به الى الشرط والضمير المجرور فى هبته عائد الى الطفل واجاز محمد هبة الاب بشرط عوض مساو قيمة اوبان يكون بينهما تفاوت يسير خلافا للشيخين وعلى هذا الخلاف العبد المأذون اوالمكاتب اذاوهب بشرط العوض جاز عند محمد خلافا لهما كما فى المحيط والتحفة (قوله فيرد بالعيب) اى يرد كل واحد من العوضين هذا هو الاوجه من الارجاع الى الهبة والتعميم وكذا يرد كل منهما بخيار الرؤية ويرجع فى الاستحقاق على صاحبه بما فى يده لو قائما وبمثله اوقيمته لوهالكا كما فى المنبع (قوله قلت قد عرفت الخ) وانت خبير بان صورة الهبة بشرط العوض قول الواهب وهبت هذا لك على ان تعطينى ذاك مثلا فكيف يصح ان يقال فى هذا العقد انه تمليك عين بلا عوض اى بلا شرط عوض ومن حق التعريف ان يصدق على كل فرد تحته والجواب الصحيح انه يعد هبة بالنظر الى اول الكلام و بهذا الاعتبار يدخل تحت التعريف ويجرى عليه احكامها مهما امكن و يعد بيعا بالنظر الى آخره بهذا الاعتبار يجرى عليه احكام البيع مهما امكن فجمعا فى عقد واحد باعتبارين ولاضير فيه كما لايخفى (قوله لامطلق الشرط) الشامل للشرط يصير فى العاقبة عوضا فان هذا الشرط موجود فى قولك بعت هذا بهذا نظرا الى المقصود (قوله فيكون ما نحن فيه شرطا الخ) لفظ ما عبارة عن الشرط اى شرط العوض وقوله حتى مرتبط بقوله شرطا ابتداء وقوله لازما خبر لايصير وقوله حتى يوفر عليه مرتبط بقوله شرطا بمعنى العوض (قوله وهب كرباسا فقصره الخ) مثل هذه المسائل ليست من مسائل المتن واللايق ان يذكر واحد منها على سبيل التمثيل عقيب قاعدة كلية بل هى من وظايف الشرح ولهذا ذكرناها فى شرح زيادة متصلة مع تفصيل ما (قوله وكذا ثمروهب الخ) هكذا ذكر فى فتاوى ابى الليث اطلقه فى المتن فشمل انه زاد فى قيمته اولا واراد بالثمر ما لنقله مؤنة وكراء فمانع الرجوع الزيادة المتصلة اوحق الكراء كما فى المنتقى والخانية وكذا منعه مداواة الموهوب

المريض فبرأ وسماع الاصم وابصار الاعمى بخلاف ما اذا ابتلى فى يد الموهوب له فداواه حتى برأ كان له الرجوع كما فى الذخيرة (قوله تصدق على غنى) اشار به الى انه لو تصدق على فقير فعدم رجوعه بالطريق الاولى وذكر فى الخانية ان عدم رجوعه فى التصدق على الغنى استحسان

﴿ فصل ﴾ هذا الفصل بمنزلة مسائل شتى لكتاب الهبة لتعلق ما فيه بها بنوع تعلق (قوله او على ان يردها عليه) اى بعد حين وقوله او يستولدها اى يتخذها ام ولد (قوله على ان يرد عليه شيئا منها الخ) متعلق بوهب او تصدق على سبيل البدل اشار اليه فى اول شرح هذه المسئلة وآخرها (قوله او يعوضه شيئا منها) اى غير معين وقوله كما مر اى فى مسائل شتى (قوله ويبطل الاستثناء) الحاصل ما ذكرها ثلثة اقسام قسم يجوز فيه اصل العقد ويبطل الاستثناء كالهبة والصدقة والنكاح ونحوها وقسم يبطل فيه كلاهما نحو البيع والاجارة وهما المذكوران فى الهداية وقسم يصحان فيه جميعا كالوصية فان افراد الحمل بالوصية جائز وكذا استثناؤه وباقى التفصيل فى البيانية للعينى (قوله بان المراد اما الهبة بشرط العوض) اراد به عوضا لامن عين الموهوبة اقول فيه بحث لانه لم يرد به اذ المفروض ان يكون العوض شيئا منها وقوله وان اراد به الخ هذا هو المراد ويمنع التكرار لان رد شئ منها لا يستلزم كونه مردودا على طريق العوض بل المتبادر من الرد انه مردود لا بطريق العوض فيحمل عليه على ان العوض انما يكون بالفاظ مخصوصة كما مر وايضا لابد فى التعويض من الاضافة الى الهبة ثم التحقيق ان شرط العوض من العين الموهوبة لغو لا يمنع الرجوع سواء كان معلوما اولم يكن دل عليه ما ذكر فى التاتارخانية وغيرها من ان الهبة لو كانت الف درهم والعوض درهم منها او كانت دارا والعوض بيت منها لم يكن عوضا وكان للواهب ان يرجع فى الهبة استحسانا وقال زفر يكون عوضا فظهر ان ما اجاب به المصنف قاصر كما لا يخفى (قوله اعتق حملها ووهبها صحت بخلاف التدبير) قيل فيه روايتان فى رواية لا يجوز الهبة فى الاعتاق والتدبير جميعا وفى رواية جازت فيهما جميعا والصحيح ما فى المتن ووجه الفرق ما ذكر فى الشرح كما فى الخانية (قوله لان الجنين لم يبق على ملكه) فاشبه الاستثناء وقوله لان الحمل بقى على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء كذا فى الهداية وعكس الامر فى ايضاح الكرمانى مع اتحادهما فى الحكم والتوفيق بينهما ان مراد صاحب الهداية ان الاعتاق له شبه الاستثناء من حيث ان المستثنى لم يكن داخلا تحت صدر الكلام بخلاف التدبير فان المدبر باق على ملك الواهب فاشبه هبة امة بعد تدبير حملها بهبة المشاع فلم يشبه التدبير الاستثناء وان مراد الكرمانى ان الاستثناء هو التكلم بالباقى فيورث الشيوع فى الصدر اولا والمدبر فى ملك الواهب فهبته امة بعد تدبير حملها شابه الاستثناء لمكان الشيوع بخلاف الاعتاق حيث لم يبق ملك الواهب فى المعتق فهبة امة بعد اعتاق حملها لم يشبه الاستثناء حاصله ان صاحب الهداية اعتبر آخر الكلام الاستثنائى فى التشبيه وصاحب الايضاح اوله ولكل وجهة كما لا يخفى (قوله فانت برئ او فهو لك) او ان اديت الى نصفه فلك نصفه الآخر او انت برئ من النصف الباقى فالكل باطل قيد بقوله ان اديت فانه لو قال انت برئ النصف على ان تؤدى الى النصف صح لانه ليس بتعليق بل تقييد وقد مر فى مسائل شتى (قوله العمرى ان يجعل داره الخ) ذكر الدار واقع اتفاقا فيصح العمرى فى غير الدار من الارض والابل والثوب كما فى البرجندى وغيره كما وقع تصوير المسئلة اتفاقا وتمثيلا لانه قد ذكر فى الخزانة صورة اخرى للعمرى وهى ان يقول الرجل لغيره هذه لك عمرى فاذا مت انا يأخذها ورثتى منك

وذكر في الخانية ان تفسير العمرى ان يقول وهبته منك على انك ان مت قبلي فهي لي وان مت قبلك فهي لك فهذه هبة جائزة والشرط باطل فالمتن على اطلاقه يشمل جميع ما ذكر كما لا يخفى (قوله فلا تصح الخ) هذا عند ابي حنيفة ومحمد فيكون المقبوض على طريق الرقبى عارية في يد القابض يأخذه منه الدافع او وارثه متى شاء وقوله يصح الرقبى ايضا يعني اذا قبضها فهي هبة جائزة عنده وقوله و اشتراط الاسترداد رفع على انه معطوف على قوله تمليك او نصب على انه المفعول معه والعامل تمليك والضمير المجرور في عنده لابي يوسف وقوله فيكون النزاع لفظيا لان ابا يوسف حمل لفظ الرقبى على انه تمليك للحال والرجوع الى الواهب منتظر فيكون كالعمرى وهما جعلا المراقبة في نفس التمليك فكان تعليق التمليك بموت المملك قبله وهو باطل واشار المصنف بالسكوت عن قول ابي يوسف في المتن ان قولهما هو الراجح وعليه عامة المتون واوردها صاحب المنح دليلا نقلنا لكل من الطرفين ووفق بين الدليلين وحكم برجحان قولهما ولكن صاحب غاية البيان رجح قول ابي يوسف ورده صاحب التكملة

﴿ كتاب الاجارة ﴾

(قوله شرع في مباحث تمليك المنفعة بعوض) وقدم الهبة على الاجارة لان الاعيان مقدمة على المنافع ولان في الاولى عدم العوض والعدم مقدم على الوجود ثم من محاسن الاجارة دفع الحاجات بقليل من العوض ولهذا قيل ان الفقير ينتفع بفلوسه من الاستحمام مثل انتفاع الغني بصرف الوف لاستحمامه (قوله فعاله من آجر) يريد به ان الاجارة مصدر الثلاثي ثم جعل اسما للكراء وامكان اللفظ ثلاثيا اقدم في الاعتبار من المزيد وفعله متعد الى مفعول واحد فهو آجر ومأجور وذكر في العين والتهذيب والاساس انها مصدر من باب افعل يتعدى الى مفعولين يقال آجرني داره بكذا فاستأجرتها فهو موجر اقول هو الموافق لمعناها الشرعي وهو تمليك النفع اي بيعه وعلى الاول يكون معناها وقع الاجر واعطاءه على ان الاجارة كونها مصدرا على وزن الكتابة لم تسمع قط من اهل اللغة ولا دخل للقياس فيها فظهر ان الصواب ما في العين والاساس كما لا يخفى (قوله لانه ان كان الخ) تعليل للعدول ببيان عدم نفع القيد في تعريفهم اي ان كان تعريفهم تعريفا الخ وقوله لتناوله اي تناول تعريفهم الفاسدة الخ لما سيجيء في باب الاجارة الفاسدة ان فسادها بامور اربعة احدها جهالة المسمى (قوله عين اودين) صفة لقوله عوض او بدل منه اراد بالدين المثليات كالنقود والمكيل والموزون والمعدود المتقارب وبالعين ماسوى ذلك والاصل ان كل ما يصلح ثمنا في البياعات يصلح اجرة في الاجارات وما لا يصلح ثمنا لا يصلح اجرة الا المنفعة فانها تصلح اجرة اذا اختلف الجنس ولا يصلح ثمنا كذا في الذخيرة وغيرها (قوله واما الثالث) فسيأتي توضيحه في آخر باب الاجارة الفاسدة حاصله جواز اجارة النفع بالنفع عند اختلاف الجنس كاستيجار سكنى الدار بزراعة الارض اما لو اتحد جنسهما فلا يجوز كاستيجار دار للسكنى بسكنى دار (قوله وتنعقد باعرتك) اشار بلفظ الماضي انها انما تنعقد بلفظي الماضي ولا ينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن المستقبل كما في البيع كما في المنح واذا اضافها الى وقت في المستقبل كقوله آجرتك داري هذه بكذا غدا وما اشبهه فانه جائز كما في الذخيرة وفيه انها تنعقد بالتعاطي (قوله ذكر شيخ الاسلام ان فيه اختلاف المشايخ) وفي المحيط انه لو قال لغيره بعت منك منافع هذه الدار شهرا بكذا ذكر في العيون ان الاجارة فاسدة وهكذا في الخانية وذكر شمس الائمة الحلواني ان فيه اختلاف المشايخ وهكذا في الذخيرة وبالجملة ان فساد الاجارة بلفظ البيع لبس بمحل اشتباه

ظاهرا لان لفظ البيع يختص بتمليك الاعيان ووجه شيخ الاسلام رواية الجواز بان يجعله مستعارا للتمليك مجازا لان ملك الرقبة سبب لملك المنفعة فيكون من قبيل ذكر السبب وارادة المسبب ومن ذلك صرح المصنف فى الشرح بما قالوا بالجواز ولم يقصد لعدم جوازه وما نقله عن الكرخى ان المرجوع اليه هو الجواز وعند الشافعى الجواز اقول فينبغى ان يرجح الجواز عندنا تأييدا لذلك برأى مجتهد كما لايخفى (قوله والصبغ والخياطة) ومما لا بد ان يعين الثوب الذى يصبغ ولوان الصبغ احمر اونحوه وقدر الصبغ اذا كان مما يختلف وهكذا لابد ان يعين الثوب الذى يخاط كما لابد ان يعين فى القصارة لانه يختلف بغلظه ورقته كما فى المحيط وغيره (قوله اى لايملك الموجر الاجر بنفس العقد الخ) وقوله اودينا لم يذكر النفع مع انه يكون اجرا لانه ليس بمال موجود تقبل التملك فى الحال وذكر فى المحيط ان الاجرة لا تملك بنفس العقد عينا كانت اودينا وهذا رواية الجامع وهو الصحيح وفى رواية كتاب الاجارة ان كانت دينا يملك بنفس العقد ويكون بمنزلة الدين المؤجل (قوله اوشرط فللموجر حبس ما وقع عليه العقد) حتى يستوفى الاجرة ويطالب بالاجرة فان عجل فيها اوالافسخ العقد كما فى البدائع لكن ليس له بيعها قبل قبضها ومراد المصنف الاجارة المنجزة اذ الاجارة المضافة لايملك فيها الاجرة بشرط التعجيل كما فى البحر (قوله اوتمكنه منه) يعنى اذا قبض المستأجر باجارة صحيحة ما استأجره ولم يمنع عن استيفاء المنفعة فى المدة فى المكان المشروط مانع ولم يستوفها وجب الاجر اما اولم يسلم اولم يكن فارغا عن متاع الموجر اوسلم فارغا فى غير المدة اوفيها وبه مانع من الموجر اومن اجنبى ذى سلطان اوغاصب اوكانت فاسدة فلااجر حتى يستوفى كما فى فصول العمادية وشرح المقدسى (قوله فيجب الخ) هذا تفريع لمنطوق قوله اوتمكنه وقوله ويسقط تفريع لمفهومه فكلا التفريعين فى محزهما وقد صرح المولى ابو السعود فى شرح كتاب البيوع من الهداية بان مابعد فاء التفريع يكفى فيه ان يكون ناشيا عماقبله ولو بطريق المفهوم اطلق السقوط فشمل كل الاجر لو كان الغصب فى جميع المدة وبعضه لو فى بعضها وشمل العقار وغيره والمراد بالغصب هنا الحيلولة بين المستأجر والعين لاحقيقة الغصب فشمل ما اذا بعد الغاصب المستأجر عما استأجره فلم يتمكن من استيفاء منفعة المعقود عليه فيكون العقد منفسخا كما هو مختار الهداية فيسقط الاجر وذكر الفضلى وقاضى خان انه لاينفسخ العقد وان سقط الاجر ونقل صاحب القنية عن بعض المشايخ ان الغاصب اذا ابعد المستأجر عن الدار فى المدة او بعضها لايسقط الاجر وقال ظهير الدين المرغينانى ان نزل الغاصب الدار مدة سقط حصتها ان لم يكن اخراجه منها الابانفاق مال وان امكن بالشفاعة او بالجماعة لايسقط (قوله للموجر طلب الاجر الخ) هذا اذا لم يبين وقت الاستحقاق عند العقد واما اذا كانت الاجرة معجلة اومؤجلة اومنجمة فهى على ما شرطها كما فى شرح الطحاوى (قوله وان عمل فى بيت المستأجر) هذا اختيار من المصنف ما اختاره صاحب الهداية وذكر صاحب المنبع ان ماذكر فى الهداية مخالف لما ذكر فى المبسوطين الخ والمغنى والجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشى ولعل صاحب الهداية اتبع فيه صاحب التجريد ابا الفضل الكرمانى انتهى واختار صاحب الكافى فى المستصفى ماذكر فى الكتب وكلام صاحب النهاية على ان هذا هو الراجح (قوله يجب الاجر بحسابه) فانه يمكن معرفة اجر البعض المخيط من معرفة اجر الكل سيما من ارباب الخبرة فانهم كثيرا مايوزعون اجر الكل على اطراف الثوب لا ان معرفته

يتوقف على تعيين العاقدين لكل جزء حصة معلومة كما قال بالظن صاحب العناية اذلو صح ماقاله لم يبق فرق بين ماخاط في بيت نفسه وبين ماخاط في بيت المستأجر كما لايخفى (قوله فان احترق بعده) اى بعد اخراجه من التنور المتبادر احتراقه من غير فعله فيحمل عليه والمراد من الاجر في قوله فله الاجر هو الاجر المعقود عليه فلا حاجة الى تقييد الاحتراق بذلك كما لاحاجة الى تقييد الاجر بالمسمى كما لايخفى (قوله ويغرم) لانه مما جنت يداه بتقصيره في القلع من التنور ثم ان صاحب الخبز مخير ان شاء ضمنه مخبورا واعطاه الاجر وان شاء ضمنه دقيقا ولم يكن له اجر كما في الغاية والمبسوط ولاضمان عليه في الحطب والملح لاستهلاكهما قبل وجوب الضمان فحين وجب كان رمادا كما في المقدسي والبرجندي (قوله وقال صدر الشريعة) اى في الاحتراق قبل الاخراج وبعد الاخراج لم ار هذا التفسير فيما وصلته من نسخ صدر الشريعة ولكن ليس لعبارة الوقاية محمل آخر سوى هذا التفسير على ان صدر الشريعة اورد هذه العبارة بعينها في مختصر الوقاية وصرح المولى سعد الله الرومى في حاشيته على الهداية بهذا التفسير مسندا الى صدر الشريعة فالظاهر ان يكون هذا في بعض نسخه (قوله يقصر بالنشا) اى يعمل عمل القصارة بالنشاء سنح ونحوه من بعض البيض والخنوط والصابون ثم النشا مقصور محذوف شطره تخفيفا كالمنا في المنازل معرب نشاسته (قوله يحبس العين) الاجر الا اذا كان الاجر مؤجلا فحينئذ لايملك الحبس كما في الخلاصة وغيره (قوله فلاغرم ان ضاع الخ) هذا عند ابي حنيفة واما عندهما فالعين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه مخير ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر (قوله وغاسل الثوب بغير ما ذكر) اى بغير النشا ونحوه يعني بمحض الماء وانت كما ترى ان غاسل الثوب ليس ان يحبسه للاجر هو مختار المصنف وعامة اصحاب المتون وقد اختاره برهان الدين صاحب المحيط وماذكره في الشرح نقلا عن صاحب النهاية ان الاصح ان يكون له حق الحبس على كل حال اختاره قاضيخان والقاضي بديع الدين وظهير الدين التمرتاشي كما في القنية وحاوى المنية وانت خبير بان ظاهر ما في النهاية والقنية ترجيح الثاني كما ان الظاهر من كلام ارباب المتون ترجيح الاول اقول ينبغي ان يرجح منع الحبس لان المعقود عليه عمل بلا شئ ولا اثر حادث حقيقة يقوم مقامه ومن ذلك قد جزم صاحب الهداية بعد رؤية هذا الاختلاف وغسل الثوب نظير الحمل (قوله فكانه احياه وباع منه) اى باعه منه فالضمير المنصوب في كانه والمستتر في احياه وباع عائد الى الراد والمنصوب في احياه والمقدر المنصوب في باع عائد الى الآبق والمجرور في منه الى المولى (قوله العمل من محل معين) فقوله من محل متعلق بقوله العمل وهو اسم مصدر يكفي في عمل الظرف اوحال منه او صفة له ان لم يعتبر معنى اللام او قدر الكائن باللام والمراد من المحل الصانع والمراد بعدم استعماله غيره ان لايستحق الاجر لو استعمل غيره كما في الخلاصة ووجهه ان العمل يختلف باختلاف الصانع جودة ورداءة فكان الشرط مفيدا فيتعين كما يتعين المنفعة في محل بعينه كما في الاختيار كاستيجار دابة بعينها فانه ليس للموجر ان يسلم غيره كما في شروح الهداية قال في العناية فيه تأمل لانه ان خالفه الى غيره بان استعمل من هو اصنع منه او سلم دابة اقوى مما عين ينبغي ان يجوز انتهى وايضا استثنى في الخلاصة الظئر فانها تستحق الاجر وان استعملت غيرها مالم ارضعته بلبن البقرة ونحوها من البهائم (قوله فان المعقود عليه هناك العين لاالعمل) على ان المعقود عليه وهو الحبات او اللبن او الاجر وسائر ما يسلم فيه

لايتفاوت بعمل رجل دون رجل (قوله فله الاجر بحسابه) هذا اذا قلت مؤنة الباقين بموت من مات حتى لوكان الميت صغيرا لم ينقص بموته المؤنة فله كل الاجر كما في الكفاية والبرجندي (قوله لومعلومين) كما قاله الهندواني والا يفسد العقد كما في الخلاصة ويكون له اجر المثل كما في البرجندي فظهر ان قول المصنف والافكله تبعا للزيلعي ومن وافقه مشكل الا ان يراد كل اجر المثل كما في المقدسي وفيه بعد كما لايخفى (قوله لايصال قط اوزاد) اراد بالقط ماليس له حمل ومؤنة وبالزاد ماله ذلك ثم عدم الاجر في الاول انما هو على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لمحمد فان عنده له اجر الذهاب ذكر في الهداية ان ابا يوسف مع محمد وذكر في المنظومة النسفية انه مع ابي حنيفة وهكذا حكاه الفقيه ابو الليث وصرح في الذخيرة بان المسئلة مصورة بصورتين احديهما ان يشترط عليه المجيء بجوابه والثانية لم يشترط عليه ومحمد ذكر فيما اذا اشترط عليه ذلك وعليه تصويرها في الهداية والكافي وعلى الثانية تصويرها في الوقاية والنقاية ثم اذا لم يشترط عليه ذلك فذهب ولم يجد المكتوب اليه فتركه ثمه للايصال او وجده ميتا فاوصله الى قريبه استحق الاجر كاملا واذا شرط عليه فدفع اليه والى الجواب فله الاجر كاملا ولو كان غائبا فدفع الى آخر ليدفعه اليه اوكان ميتا فرد الكتاب اودفع اليه ولم يقرأ فله اجر الذهاب هذا زبدة ما في الذخيرة وهكذا في المنبع فظهر ان قول المصنف وجب لا اجر بالذهاب الخ يقتضي ان يصور المسئلة باشتراط المجيء بالجواب وقد تركه ولم يصب واما عدم الاجر في الثاني انما هو عند علمائنا الثلثة خلافا لزفر فان عنده له الاجر كاملا وان وجده ولم يدفعه اليه فرده الى المكان الاول وباقي التفصيل في الشروح (قوله وهو نصف الاجر المسمى) هذا اذا ساوى مؤنة الذهاب معونة الاياب كما هو الظاهر ولهذا حكم به وقد يختلف كلتا المؤنتين فحينئذ يجب اجر الذهاب قليلا كان اوكثيرا من اجر الاياب كما لايخفى (قوله صح استيجار دار) قيد بالاستيجار فان للمستأجر ان يسكن فيه بنفسه او يسكن فيها غيره باجارة اوغير اجارة وكذا من استأجر عبدا للخدمة له ان يوجره لغيره لان العبد عاقل لاينقاد لزيادة خدمة غير مستحقة كما في القنية (قوله وله كل عمل) للاطلاق من اسكان ووضوء واغتسال وغسل ثياب واستنجاء بحائطه وكسر حطب على المعتادة وربط دابة على المحل المعتاد واتخاذ بالوعة فيما لم يضر بناءها وانتفاع ببئر ماء فيها ولوفسدت البئر لم يجبر احدهما على اصلاحها كما في الشروح وفي الخلاصة ولو بنى المستأجر تنورا فاحترق شيء من الدار لم يضمن انتهى الا ان يجعله في محل لايليق به كقرب خشب كما في المقدسي (قوله كالقصارة) ولو عمل بنحوها وانهدم شيء من البناء ضمن قيمة ذلك ولا اجر عليه فيما ضمن لان الاجر مع الضمان لايجتمعان ولو لم ينهدم بهذا العمل يجب به اجر مثل زائد على المعقود عليه استحسانا كما في المنبع (قوله قلعه) اى يجبر على قلعه (قوله مستحق القلع) لم يقل مقلوعا كما في الهداية وغيره لما صرح في الشروح بان المراد به ذلك والفرق بينهما ان مستحق القلع بناء كان اوشجرا اقل من قيمته مقلوعا مقدار اجرة القلع كما في الايضاح (قوله يترك باجر المثل) معناه ان يترك بقضاء او بعقدهما حتى لايجب الاجر الا باحدهما كما في القنية وهذا مما يجب حفظه كما في المقدسي والبحر قيد الترك بانقضاء المدة لان عقد الاجارة لوانقضى بموت احد العاقدين وترك الزرع الى ان يستحصد لايجب شيء كما في الايضاح والجامع الصغير لقاضيخان مفصلا (قوله اودابة) وفي الخلاصة نقلا عن المحيط واذا تكارى قوم مشاة ابلا على ان المكاري يحمل عليه من مرض منهم اومن

عى منهم فهو فاسد انتهى (قوله قال فى الكنز والدابة) اقول ماقاله فى الكنز هو الموافق لمافى القدورى والهداية وماقاله فى الكافى هو الموافق لمافى المبسوط والذخيرة والمغنى وشرح الطحاوى والتوفيق بينهما يحصل بما فى فتاوى قاضيخان وهو رجل استأجر دابة للحمل ولم يبين مايحمل عليها فسدت الاجارة فان لم ينقض الاجارة حتى حمل عليها شيئا جازت الاجارة ويصير كانه استأجرها لذلك ابتداء وكذا لولم يحمل عليها شيئا ولكن ركبها اواركب غيره جازت الاجارة ايضا لان الحمل يتناول الركوب قال الله تعالى ولاعلى الذين اذاماأتوك لتحملهم ولوانه حمل عليها اواركب حتى جازت الاجارة يصير كان العقد وقع عليه حتى اوفعل بعد ذلك شيئا يخالف الاول بان اركب انسانا اولا اوركب بنفسه ثم اركب غيرالاول اوكان الاول حملا ثم ركب اواركب يصير غاصبا اصامنا انتهى فظهر منه ان مافى الكنز والهداية محمول على آخر الامر فالحكم بالجواز حكم بالانقلاب الى الجواز بعد ماوقع فاسدا وذكر فى النهاية ان الفساد ابتداء هوجواب القياس والجواز عند تعين الراكب اواللابس بقاء هوجواب الاستحسان فظهر ان لمافى الكنز وجها ولو باعتبار آخر الحال ولذلك لم يأت بعبارة توافق مافى الكافى تدبر (قوله ضمن ولا اجر عليه) لانه مع الضمان يمتنع (قوله كذا كل مايختلف بالمستعمل) اى باختلاف المستعمل فى كونه ضامنا بالمخالفة و التقييد عند الهلاك وهذا لاخلاف فيه والفسطاط مستثنى من هذا العام لما فيه اختلاف فيكون التمثيل بناء على قول ابى يوسف واشعارا بانه هو الراجح عند المصنف كما لايخفى (قوله فدفعه الى غيره اجارة اواعارة) يستفاد من هذا الكلام ان له فى صورة التعميم الاجارة والاعارة كما هوالمصرح الاان الايداع على العكس فان له الايداع فى صورة التخصيص ولم يصح فى صورة التعميم ولولضرورة ذكر فى العمادية فيما اوادعى الحمار فى الطريق فارسله الى صاحبه مع آخر وذكر فى شرح الطحاوى ان للمستأجران يعير ويودع و يوجر وقيد فى الذخيرة بان هذا اوكان المستأجر شيئا لايتفاوت الناس فى الانتفاع به والافليس له ان يوجر ولا ان يعير حتى لواستأجر دابة ليركبها بنفسه فليس له ان يوجر غيره ولايعير انتهى (قوله ضمن) اى الدافع كما هو الظاهر وفى المنبع ان للموجر ان يضمن الدافع والمدفوع اليه ايهما شاء ولوكان المدفوع اليه مستأجرا يرجع الدافع ومستعيرا لايرجع كما فى الذخيرة (قوله بطل التقييد) كشرط سكنى واحد بعينه فللمستأجر ان يسكن غيره وان يزيد عليه لعدم التفاوت ومايضر البناء من نحو الطحن فخارج كما مر (قوله كالسمسم والشعير كلاهما مثالان للاخف) كما ان الملح والحديد كليهما مثالان للاضر واما مثال التساوى ككر برعينه الموجر فللمستأجر حمل كر برآخر تركه المصنف لظهوره كما فى تكملة فتح القدير والمقدسى وذكر شمس الائمة السرخسى انه لوحمل نحو شعيرقدر برمسمى فى الوزن يجب الضمان فى القياس ولايضمن فى الاستحسان وهو الاصح وعليه فتوى صدر الشهيد كما فى الذخيرة وقداستقر الفتوى عليه كما فى الضمانات الفضيلية وان جزم بالضمان فى الخلاصة قلت قد اختلف التصحيح الا ان العمل بما عليه الفتوى (قوله لا الاضر) ولوفعله ضمن الدابة ولااجر عليه وقوله حتى اذا استأجرها الخ وكذا يضمن فى عكسه بان يحمل قطنا فى يوم ريح مثل وزن حديد مسمى كما فى المنبع ولوسمى شعيرا فحمل احد عدليها شعيرا والآخر برا فهلكت فعليه نصف الضمان ونصف الاجر كما فى الظهيرية قلت فيه بحث لايخفى على من تدرب (قوله وحمل عاتقه) اى عاتق الراكب وقوله ضمن اى الراكب وقوله وضمن بارداف رجل اى ضمن المردف وقد سبق ان للموجر ان يضمن ايهما شاء والرديف اوضامنا يرجع المستأجر لومستأجرا ثم فى هذه المسئلة يجب تمام الاجر اذا كان هلاك الدابة بعد البلوغ

الى مقصد المستأجر كما فى الذخيرة (قوله تطيق حمله) هكذا فى النسخ التى رأيناها والظاهر ضمن حملها اى حمل الراكب والذى حمله على عاتقه وقوله جميع الضمان اى ضمان جميع القيمة وقوله مازاد الثقل اعترض عليه بان الآدمى غير موزون فلا يعرف قدر الثقل واجيب بان الصبى الغير المتمسك بنفسه صار بمنزلة الحمل فلا يدخل تحت آدمى غير موزون ثم المراد مما فى الشروح من كون الآدمى غير موزون بالميزان عدم انضباط حاله به فى الثقل اذ الانسان يجعل نفسه ثقيلا تارة وخفيفا تارة كما لا يخفى (قوله اى ضمن قدرا) هذا اذا كان المزيد من جنس المزيد عليه المسمى واما اذا لم يكن منه فهلكت ضمن جميع قيمتها كما فى المنبع قيد الضمان بقدر الزيادة فيما كان حملها مع المسمى اشارة الى انه لو حمل المسمى وحده ثم حمل الزيادة وحدها فهلكت ضمن جميع القيمة كما ضمن جميعها فيما لو طحن عشرة مخاتيم حنطة مسماة ثم طحن مختوما فهلكت كما فى المغنى وشرح الهداية ولم يتعرض المصنف للاجر اذا هلكت وفى غاية البيان ان عليه الكرا كاملا (قوله فانه يضمن بهما) هذا اذا لم يأذن فيهما اما اذا اذن فيهما ففعل فعلا متعارفا فهلك لم يضمن كما فى المبسوط هذا عند ابى حنيفة واما عندهما لم يضمن اذا فعل متعارفا ولو بغير اذن والاصح رجوعه الى قولهما كما فى غاية البيان نقلا عن التتمة وفى الحافظية عن اسمعيل الزاهد استأجرها ليركبها فضربها فماتت ان باذن المالك واصاب الموضع المعتاد لا ضمان اجماعا وان غيره ضمن اجماعا الا اذا نص المالك عليه بعينه بان كان لا ينقاد الا بضربه فيه ومحل الخلاف الضرب فى محل معتاد قال الامام محمد فى المبسوط يطالب اى يخاصم ضارب الحيوان لا بوجهه الا بوجهه وسئل المقدسى عنه فى سنة ثمانين وتسعمائة فاجاب عنه بما فى الحافظية ان كل احد يخاصم ضاربه بلا وجه لانه انكار حال مباشرة المنكر يملكه كل احد ولا يخاصم الضارب بوجه الا اذا ضرب الوجه فانه يمتنع ولو بوجه فان الله تعالى خلق آدم على صورة الوجه فان خلقه عليه السلام كان مجمعا للمحاسن فى الحديث لا تضربوا الوجه فان الله تعالى خلق آدم على صورته (قوله عطف على جوازه بها) وكلاهما مجروران لعطف جوازه على ضربه المجرور بالباء كما هو الظاهر لا على الهلاك المجرور بالكاف كما لا يخفى (قوله وقيل الجواب يجرى على اطلاقه) يعنى انه ضامن عندنا خلافا لزفر سواء استعارها او استأجرها ذاهبا لا جائيا او ذاهبا وجائيا وقوله فاذا انقطع الاستعمال بالمجاوزة صار غاصبا ودخلت فى ضمانه فلا يبرأ عنه الا بالرد على المالك او على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد (قوله قال فى الهداية هذا اصح) اى كون الضمان على الاطلاق وهو ظاهر الرواية هو الاصح وصرح فى الكافى ايضا بان هذا اصح ثم قال فيه وقيل الاول اصح وصرح فى الشروح ان الاول رواية النوادر وانت خبير بانه اختلف التصحيح والرجحان لظاهر الرواية وعليه كلام الكافى ايضا لا مازعم المصنف انه اختار الاول (قوله ونزع سرج حمار) قيد به لانه لو كان موكفا فابدله سرجا لا يضمن لانه اخف واشار به الى انه لو سرج بسرج مثله لا يضمن اما لو استأجرها عريانة فاسرجها وركبها فلو كان الاستيجار للركوب فى المصر والمستأجر من العوام يضمن ولو كان من الاشراف لا يضمن ولو كان الاستيجار من بلد يضمن مطلقا كما فى الخلاصة (قوله اى سواء كان الخ) سواء كانت لا تؤكف اصلا كما فى المنبع وقالا فى صورة الايكاف بما يوكف بمثله لا يضمن الا قدر الزيادة وقال فى العيون الفتوى على قولهما وهو رواية الاصل عند ابى حنيفة وما فى المتن رواية الجامع الصغير وهو الاصح كما فى الذخيرة (قوله كما اذا حمل الحديد مكان الحنطة) وجه التشبيه فيه

المخالفة صورة ومعنى فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه اذ لو اعتبر ذلك الوصف ايضا يكون عكس عكس ما نحن فيه من المثال كما فى العناية اقول اعتبار وصف الانبساط لا يجعله عكس المثال اذ التحقيق ان الاكاف اثقل على ظهر الدابة فى قدر ما يأخذه السرج منه وبهذا صح التمثيل بالمثال المذكور وزيادة الاكاف عليه فى الانبساط بثقل لا يجعله عكس المثال تدبر (قوله بالطول والقصر بالخوف وعدمه) لانه قد تعين الاوعر او الاطول لخوف فى السهل والقصر والتفاوت باطلاقه يشمل هذا كما فى المقدسى (قوله وحمله فى البحر) هذا اذا قيده بالبر اما اذا لم يقيد به فلا ضمان كما فى البحر (قوله فزرع رطبة) قيد بكون المزروع اكثر ضررا لانه لو كان اقل ضررا لا ضمان ويجب الاجر كما فيه (قوله فخاطه قباء) التقييد به اتفاقى اذ لو خاطه سراويل خير فى التضمين ايضا فى الاصح لاتحاد اصل النفع من دفع الحر والبرد كما فى المقدسى وذكر فى القاموس القرتق كجندب لبس معروف معرب كرته وفى لغة نعمة الله كرته بالتركى يلك وملتا ن وقوله لانهما تعليل لوجه التخيير فى التضمين وضمير المثنى يرجع الى القميص والقباء مطلقا وذكر فى الخلاصة ولو قدر الخياط طول الثوب وعرضه فجاء به ناقصا ان كان قدر اصبع ونحوها فلبس بشئ وان كان اكثر يضمنه انتهى (قوله ولا يجاوز به الدرهم المسمى) لا كلام فى نصف الدرهم على انه مفعول به سواء كان لا يجاوز مبنيا للفاعل او للمفعول فعلى الاول فاعل لا يجاوز مستكن فيه عائد الى الخياط وعلى الثانى الفعل مسند الى الجار والمجرور مع وجود المفعول به وذا جائز عند الكوفيين والاخفش وابن مالك سواء قدم المفعول به على الجار والمجرور او اخر وعليه قراءة ابى جعفر وليجزى قوما بما كانوا يكسبون والضمير المجرور عائد الى اجر المثل

باب الاجارة الفاسدة

تأخير الفاسدة عن الصحيحة لا يحتاج الى معذرة لوقوعها فى محلها كما لا يخفى (قوله بالشرط المفسد للبيع) اراد به شرطا ينافى مقتضى العقد كاستيجار رحى على ماء على انه ان انقطع الماء فالاجر عليه فان مقتضاه ان لا يجب الاجر الا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه (قوله وذكر الثانى بقوله والشيوع الاصلى) هذا عند ابى حنيفة وبه قال زفر وعندهما تجوز وبه قال الشافعى ويتهيآن ويجبران على ذلك لان هذا عقد معاوضة فيجوز فى الشايع كالبيع ولان اصل المنفعة قائم فى الشيوع ولذا وجب اجر المثل اذا سكن على قول ابى حنيفة ذكر فى الاسرار ان كلام ابى حنيفة ادق وكلامهما اظهر وفى الخانية اجارة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم فاسدة فى قول ابى حنيفة وعليه الفتوى وفى المغنى وتهذيب القلانسى الفتوى على قولهما وحيلة الجواز على قول الكل الرفع الى القاضى والحكم به اوعقده فى الكل ثم فسخه فى قدر ما لم يرد لان الشيوع الطارى لا يمنع الجواز بالاتفاق على ظاهر الرواية وقوله فى رواية عن ابى حنيفة وهو رواية الحسن عنه (قوله بان جعل الاجرة ثوبا او دابة بلا تعيين) او عينا معينا ولكنه لم يدفعه حتى هلك فى يده فعليه اجر المثل بالغا ما بلغ كما فى الفتاوى الصغرى او جعلها خمرا او خنزيرا فانه يجب اجر المثل بالغا ما بلغ كما فى البحر (قوله والا لم يزد على المسمى) ودخل فى تعميم هذا ما فى الخلاصة من انه قال فيد وان كان الفساد لجهالة الوقت والمسمى معلوم يجب اجر المثل لا يجاوز به المسمى انتهى ومن ذلك يظهر ان الامور التى تفسد بها الاجارة خمسة فالخامس جهالة المدة حاصل ما ذكر فى المقام انه لو وجد المسمى صحيحا والاجارة فاسدة يجب اجر المثل غير زائد على المسمى وان لم يوجد المسمى رأسا او لم يوجد صحيحا يجب اجر المثل بالغا ما بلغ (قوله بل بالشرط او الشيوع الخ) هذا اذا لم يكن اجارة الوقف او مال اليتيم

لان اجارتهما وان فسدت بكل منهما فالواجب فيهما اجر المثل بالغاما بلغ لان كلا من المتولى والوصى لايملك اسقاط مازاد على المسمى ولكن هذا عند الايجار بغبن فاحش كما فى الشروح (قوله وانما يتقوم بالعقد) اى الصحيح اوشبهته اى الفاسد اما تقومها بالعقد الصحيح فعلى خلاف القياس لحاجة الناس واما تقومها بالفاسد فبناء على ان الفاسد ملحق بصحيح فى باب الاجارة لكونه تبعاله فيعتبر فى الاجارة الفاسدة مايجعل بدلا فى الصحيحة عادة وهواجر المثل الا ان المسمى لواقل منه يجب ذلك لاتفاقهما على اسقاط الزيادة على هذا القدر يظهر التقوم فيما زاد عليه لعدم العقد ولاشبهته فيه كما فى المنبع وغيره (قوله فان آجر داره) اى الى مدة معلومة وهوالمراد لمادل عليه قوله ويفسخ فى الباقى (قوله وفى كل شهر سكن فى اوله) اى ساعة فى اوله هذا وهوالمتبادر الظاهر من الشرح هذا اختيار من المصنف ماامال اليه بعض المتأخرين وقوله كذا كل شهر سكن فى اوله يعنى بعد الشهر الثانى ولوقال وكذا عند مضى كل شهر لكان سالما عن شائبة التكرار وقيد المسئلة بكل شهر اذ لوقال الموجر اجرت دارا شهرا بكذا اوسكت ولم يقل كل شهر لا يصح فى الشهر الثانى لانه لم يسبق منه شئ يبنى عليه العقد فيه اطلقها ولكنها مقيدة بانه لوعجل اجرة شهرين فصاعدا وقبضها لم يكن لاحدهما ولاية الفسخ فى قدر ما عجل كما فى الذخيرة (قوله وفى ظاهر الرواية الخ) وذكر فى الخانية ان الفتوى على هذه الرواية وفى قول المصنف وفى اعتبار الاول وهوالقول باعتبار ساعة رؤية الهلال خروج ترجيح منه لهذه الرواية وقوله لان ذلك رأس الشهر اى عرفا (قوله متعلق بالمسئلتين معا) اراد بالمسئلتين الظرفين المتعلقين بقوله صح وانما عبر عنهما بالمسئلتين لان المسئلة جعلت باعتبار كل منهما مسئلة والمعنى لوقال آجرتها ستة اشهر كل شهر بكذا صح فى واحد وفى الباقى وصح فى كل شهر سكن فى اوله وفى كل شهر لم يسكن فى اوله بعد هذا هوالمراد والواقع فظهر منه ان من ظن بالمسئلتين قوله ان آجر داره الخ وقوله آجر دارا الخ فقد وهم واضطر فى تعلقه بمسئلة ان آجر دارا الخ على انه لم يعرف ان قوله آجر دارا الخ لما لم يعطف على ماقبله لم يصح صرف الاستثناء عليه بحسب النوع (قوله حين يهل الهلال) بضم الياء وفتح الهاء على بناء المفعول اى يبصر الهلال والمراد اليوم الاول من الشهر لا اول الليلة من اليوم الاول من الشهر اذ المراد فى مثله المعنى العرفى كما فى التكملة وقوله الستة بدل الكل من الكل (قوله لم يجز لجهالة بعض الاجزاء) اى بعض اجزاء الاجر وهوطعامه هذا قول المتقدمين ذكر المصنف لما وجده فى التبيين ولكن قال الفقيه ابوالليث فى زماننا العبد يأكل من مال المستأجر عادة وقيد بالعبد لانه لواستأجر دابة على ان يكون علفها على المستأجر لايجوز بالاتفاق صرح به فى الخانية والظهيرية (قوله جاز اجارة الحمام) خصه بالذكر لان بعض العلماء كرهوا غلة الحمام لماروى ان عثمان كره ذلك وقيل كره اتخاذ حمام النساء لماروى ان نساء دخلن على عايشة قالت اهن من اللاتى يدخلن الحمامات قلن نعم فامرت باخراجهن ولانهن منعن عن الخروج واجتماعهن قلما يخلو عن الفتنة والصحيح انه لابأس بذلك للحاجة كما هو مذهب اكثر العلماء المجتهدين كما فى مبسوط السرخسى (قوله دخل الحمام فى الجحفة) قيل فيه ان هذا يدل على جواز دخوله لاعلى جواز اجارته انتهى اقول وجه الاستدلال انه لاشك ان دخول النبى عليه السلام فى الحمام اما بدفع شئ الى صاحبه اوهبته له اجره او باباحة دخوله فيه والاظاهر ان لايدخل فيه لانه لصاحبه حقا فى الماء الاسن والبناء وغيرهما فعلى اى وجه يثبت به المدعى اقتضاء

كما لا يخفى (قوله والحجام) خصه بالذكر لما روي عن احمد ان اجرته حرام كما ذهب اليه بعض
اصحاب الظواهر وقيل انها مكروهة والصحيح ان عمله مكروه كعمل الدباغين والكناسين لا اجرته
كما في شرح الطحاوي (قوله فان ارضعن لكم) يعني بعد الطلاق والعدة كما في التكملة (قوله
لا بل على المنفعة الخ) ماذكره مختار صاحب الذخيرة وايضاح الكرماني والهداية قال في المنح
هو الاصح وذكر ابن سماعة عن محمد مايدل على ان العقد يرد على اللبن لانه المعقود عليه والقيام
بمصالحه تبع واختاره شمس الائمة السرخسي وقال في النهاية هو الاصح ووقع هنا مدافعة
بين كلامي صاحب العناية والبيانية فلا علينا ان نذكرهما الا ان ما اختاره صاحب الهداية ظاهر
الرواية وما اختاره السرخسي غير ظاهر الرواية فاذا اختلف التصحيح بينهما يرجح ظاهر الرواية
وقد سبق غير مرة ولكن لم يثمر الاختلاف شيئا سوى صحة العقد وهو المطلوب باي طريق كان
وقوله ولانم الخ جواب عما تضمن القياس وعنه جواب اخر بل هو حاسم وذا ان الارضاع بالاجر ثابت
بالنص على خلاف القياس وانعقد عليه الاجماع فحينئذ لم يحتج الى مثل هذا التوجيه في الجملة تدبر
(قوله لانه ايجار ولبس بارضاع) اي لان الارضاع بلبن الشاة ايجار مصدر اوجر من الوجور وهو
الدواء الذي يصب في وسط الفم كما في المغرب او مصدر ايجر من يجر اذا امتلاء بطنه من اللبن والماء
او املأه منه كما في القاموس (قوله وطعامها وكسوتها) فيجب الوسط منهما كما في شرح التأويلات
(قوله وعندهما لايجوز للجهالة) هذا الاختلاف عند عدم بيان قدرهما ووصفهما وجنسهما
اما اذا بينهما جاز اتفاقا كما في الخلاصة واعلم ان الظئر اجير خاص ام مشترك قد دل كلام الفقهاء
على كل منهما والصحيح انه اذا دفع الولد اليها لترضعه في بيتها فمشترك وان سكنت في منزله
فوحد كذا نقل الاتقاني عن العلاء الاسبيجابي وهنا بعض تفصيل في المبسوط والذخيرة
(قوله اوحبلت) وكذا اذا كانت فاجرة بينا فجورها او كانت سارقة يخاف منها على المتاع اوتقيأ
الصبي لبنها بخلاف ما اذا كانت كافرة حيث لاتفسخ لان كفرها في اعتقادها ولا يضر بالصبي
واما عذر الظئر فرض اصابها ولم تقدر معه الارضاع وكذا اذا لم تكن معروفة بالظؤرة وكذا
اذا آذوها بالسنتهم كان لها الفسخ كما في المبسوط (قوله وعليها غسل الصبي وثيابه) اي غسل
ثيابه كما في الهداية والصحيح ان غسل ثياب الصبي من البول ونحوه عليها وعن الوسخ والدرن
لايكون عليها كما في الكفاية (قوله) ودهنه لو عطف على الطعام يكون بضم الدال
ولو عطف على الاصلاح يكون بفتح الدال وتمنع عما يضر الصبي كالخروج من منزله زمانا كثيرا
كما في المقدسي (قوله لان العادة) والاصل فيه انه يرجع الى العادة في توابع العقود ومن هذا
قالوا الخيط على الخياط وعلى الحافر حث التراب على القبر لو وقع التعامل به في بلد وعلى الجمال ادخال
الحمل في المنزل ولو جمالا على الظهر وليس عليه الصعود على السطح او الغرفة الا اذا شرط
كما في البيانية (قوله فقولهم فان ارضعته) بدل فاوجرته بلبن شاة يكون من قبيل المشاكلة
يعني عبر عن الايجار بالارضاع لوقوع الكلام في بيان الارضاع (قوله حيث يستحق الاجر)
يعني استحسانا هذا اذا لم يشترط عليها الارضاع بثديها اما اذا شرط اختلف المشايخ فيه
والصحيح انها لاتستحق الاجر كما في الذخيرة وذكر في التاتارخانية واذا استأجر رجلا يوما
ليعمل كذا فعليه ان يعمل ذلك العمل الى تمام المدة ولا يشتغل بشيء آخر سوى المكتوبة وقال
بعض المشايخ كان له ان يؤدي السنة ايضا واتفقوا انه لايؤدي نفلا وعليه الفتوى وقال ابو علي
الدقاق المستأجر لايمنع الاجير في المصر من اتيان الجمعة ويسقط من الاجر مقدار اشتغاله بذلك

ان كان بعيدا وان كان قريبا لايحط من الاجر شئ (قوله وفى المحيط فى كتاب الاستحسان) هذا الكلام متعلق بمسائل الغناء والملاهى والنوح وفى البزازية نقلا عن المنتقى امرأة نائحة اوصاحبة طبل وزمر اكتسبت مالا ردته على اصحابه ان علموا والاتصدق به وان من غير شرط فهو لها قال الامام الاستاذ لايطيب والمعروف كالمشروط انتهى قال المقدسى فى شرحه بعد نقل ماذكر واذا علم ذلك ظهر ان ماذكره شارح المجمع عن المحيط من ان ما تأخذه الزانية ان كان بعقد الاجارة فحلال حرام ذكره ولم اره فى المحيط الرضوى فى هذا الباب وبعيد من الامام المعروف بالورع التام فتح هذا الباب والله الموفق للصواب انتهى وذكر فى الخزانة انه لواستأجر على ان ينحت طنبورا اوبربطا طاب للاجير الاجر الا انه يأثم به اقول يأثم المستأجر ايضا ويفهم منه ايضا ان ما اخذته المزنية بحسب العقد اوالتبرع اوالعرف كان حلالا ولكن لايستلزم ذلك عدم الاثم فى الزنا كما لم يستلزم انحطاطه عن كونه كبيرة فى حقهما وعدم ايجاب الحد عليهما هذا والعياذ بالله عن سوء الفعال (قوله لتعليم القرآن والفقه) ولقراءتهما والتذكير والتدريس والحج والغزو وانما صحت لهذه العبادات لفتور الرغبات ولانه لايكون لهم حظ من بيت المال كما فى القهستانى ثم ان بين للتعليم وقت يستحق المسمى والا يستحق اجر المثل كما فى المنبع وان لم يكن بينهما شرط يؤمر الوالد بتطييب قلب المعلم وارضائه كما فى البزازية وقوله على الحلوة المرسومة اى المعروفة والمعروف كالمشروط فاذا علم الهجاء ولم يبلغ الى الحلوة المرسومة ولم يسم الاجرة يطلب رضاء الاستاذ كما فى شرح الوقاية لعلاء الدين الاسود (قوله وعسب التيس العسب) الكراء الذى يؤخذ على ضراب الفحل اوضرابه فعلى الثانى عطف على المجرور باللام وعلى الاول مرفوع عطف على المستكن فى لم تصح وتأنيث الفعل لايضر فى حق المعطوف كما صرح به فى محله واشار فى الشرح الى ان المراد بالتيس الفحل من كل حيوان فيكون من قبيل اطلاق اسم الخاص على العام والتخصيص بذكر التيس للتبرك بلفظ النبى عليه السلام حيث قال عليه السلام ان من السحت عسب التيس اى اجرة عسبه وجوزه ابو الخطاب الحنبلى وبعض اصحاب الشافعى فقاسوا على اجارة الظئر للحاجة كما فى المنبع ولايجوز استيجار الكلب المعلم والبازى المعلم للاصطياد كاستيجار الفحل للانزاء كما فى البدايع قلت يدخل فيه عدم جواز استيجار الديك والقرد للعب بطريق اولى كما لايخفى (قوله عن الطاعات والمعاصى) نشر على اللف فالاولى ناظرة للاذان الى الفقه والثانية ناظرة للغناء الى النوح (قوله تفسد) اى الاجارة ان دفع الى آخر الخ ففى الكل لو تم العمل لزم اجر المثل على ان لايجاوز المسمى هذا فى ظاهر المذهب ولكن كان مشايخ بلخ والنسف يجيزون حمل طعام اونسج غزل ببعضه قال فى الظهيرية وبه اخذ الفقيه ابو الليث وشمس الائمة الحلوانى والامام ابو على النسفى للتعامل وقال السرخسى فى المبسوط كان شيخنا يحكى عن استاذه انه كان يفتى بجواز هذا ويقول فيه عرف ظاهر بنسف والقياس قد يترك بالعرف كما فى الاستصناع وقال الزيلعى والفتوى على جواب الكتاب يعنى الفساد وذكر فى الخلاصة ان لا دخل للتعامل فى قفيز الطحان وذكر فى المبسوط حيلة فى جوازه وهى انه لوشرط قفيزا من دقيق جيد ولم يقل من دقيق هذه الحنطة كان جائزا لانه وجب فى الذمة فله ان يعطيه من دقيق هذه الحنطة اوشاء (قوله فسد عند ابى حنيفة) وجاز عندهما بجعل العمل مقصودا عليه الوقت للاستعجال حتى لوفرغ فى وسط النهار فله الاجر ولو لم يفرغ اليوم فعليه العمل فى الغد قيد بان يجيز له لانه

لو استأجره للعمل على ان يفرغ منه اليوم جاز اتفاقا والفرق لابى حنيفة ان اليوم ذكرهنا لاثبات صفة العمل وهى تابعة غير مقصودة بالعقد فلا يقابلها بدل كما فى الشروح (قوله كونه الضمير المجرور عائد الى المعقود عليه والضمير المجرور فى وقوعها عائد الى الاجارة وقوله فهو غير مقدور عادة لان له حاجة الانسان واداء ما وجب عليه (قوله ان يثنيها) اى يردها مكروبة وقيل يكربها مرتين فى محل تغل فيه بمرة (قوله او يكرى انهارها) اطلقه فشمل الكبار والجداول اختاره خواهرزاده عملا باطلاق محمد وصححه فى الذخيرة وفرق بعض المشايخ بينهما وقال بشرط كرى الجداول صحيح لانه يجب على المستأجر بدون شرط ولانه لا يبقى اثره بعد العام اختاره برهان الائمة (قوله الا ان يعمم الموجر) هذا الاستثناء متعلق بالمسئلتين فكان المناسب ان يشرح بان يقول على ان تعمل ماشئت وصححه فى الهداية (قوله فحينئذ يصح) ويدخل الشرب والطريق فى الاجارة تبعا للارض وان لم يشترطهما بخلاف الشراء لما سبق فى بابه (قوله وله المسمى) يعنى استحسانا كما فى الشروح (قوله لارتفاع الجهالة الخ) فينقلب العقد جائزا كما فى اسقاط اجل مجهول قبل مجيئه كما فى الشروح (قوله لا يتصور فى الشايع) ولذا حرم وطئ امة مشتركة وضربها ولان كل جزء يحمله عمل فيه لنفسه فلم يتم تسليم المعقود عليه وبدونه لا اجر كما فى المقدسى وغيره قيد باستيجار احدهما الاخر او حماره لانه لو اشتركا فى طعام ولاحدهما سفينة فاستأجر الاخر نصف السفينة لحصته بعشرة دراهم فهو جائز وكذا لو استأجر منه انصاف جوالقه هذه ليحمل فيها هذا الطعام الى بلد كذا فهو جائز كما فى مختصر الكرخى لان استحقاق الاجر انما يجب بوضع العين فى السفينة او الجواليق لا بايقاع عمل كما فى الغاية (قوله لانه سلم) اى المستأجر من استعمال الدابة وفرغ عنه وقد انتفع بها وانت كما ترى ان المسئلة السابقة ونظائرها يؤيد ما قال به محمد كما فى المقدسى (قوله فان البر الخ) مرتبط بقوله مخالف لما قال الخ وقوله وقد علل فى المحيط الخ تعليل آخر للمسئلة غير ما ذكر فى الكافى

﴿ باب من الاجارة ﴾

لما ذكر انواع الاجارة صحيحها وفاسدها شرع فى بيان ضمان الاجير وعدمه ولما كان الضمان وجوديا وحقا من حقوق العباد ناسب تقديم بيان ما يقتضيه وهو الاجير المشترك مع انه بمنزلة المركب من المفرد بالنسبة الى الاجير الخاص (قوله من يعمل الخ) هذا تعريف لله در المعرف لم يقتض الدور بين تعريفى المشترك والخاص كما اقتضاه التعريف بمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل على ما صرح به فى الشروح مع الجواب والتوجيه وحاصل التعريف ان الاجير المشترك من يكون عقده على عمل معلوم بيانا ولو محله (قوله لرعى غنمه شهرا بدرهم) حق التركيب هكذا لرعى غنمه بدرهم شهرا كما لا يخفى (قوله وانما يستحق الاجر بعمله) المتن هكذا والا فيما بين قوله لاجر وقوله بعمله من الشرح وما وجد فى بعض النسخ وانما لا يستحق الاجر الا بعمله على انه متن اصلاح الا انه افساد كما لا يخفى (قوله ولا يضمن ما هلك فى يده الخ) هذا عند ابى حنيفة وزفر والحسن بن زياد وهو القياس وابو يوسف ومحمد قالا لو هلك بامر يمكن التحرز عنه وجب عليه الضمان استحسانا والفتوى على قول ابى حنيفة سواء شرط الضمان عليه اولم يشترط كما فى الخانية والمحيط والتتمة وذكر فى التبيين انه بقولهما يفتى اليوم لتغير احوال الناس وبه يحصل صيانة اموالهم (قوله وان شرط عليه الضمان) هذا مختار الفقيهين ابى جعفر وابى الليث لان اشتراط الضمان على الامين باطل وبه يفتى كما فى المبسوط واختار الفقيه ابو بكر رواية الضمان عند ابى حنيفة لو شرط بناء على ان الاجر

كان في مقابلة الحفظ والعمل جميعا واحترز المصنف بهذا القول عن ذلك وقوله فعندهما يجوز
اى هذا الشرط وانت خبير بان هذا الاختلاف مترتب على الاختلاف في السابق فعندهما
الضمان ثابت بدون هذا الشرط وبه يتأكد وعنده انه غير ثابت فلا يثبت بالشرط لما ذكره
المصنف اولا سبق كما لايخفى (قوله وافتى المتأخرون الخ) وقد شيد اركان هذا الافتاء في المنح
ولكن ذكر في المحيط انه اذا كان الاجير مصلحا لايجب الضمان كما هو عنده وان كان بخلافه
يجب الضمان كما هو مذهبهما وان كان مستور الحال يؤمر بهذا الصلح انتهى وهكذا ذكره
البرجندي واستحسنه المقدسي اقول حسن هذا لا ينكر ينبغي ان لايعمل الا بهذا كما لا يخفى
(قوله بل يضمن ماهلك بعمله) اطلقه فشمل عملا جاوز المعتاد اولم يجاوز وقال زفر وهو قول
الشافعي لا يضمن مالم يجاوز المعتاد ثم اذا توجه الضمان بعمله خير المالك بين ان يضمنه
قيمته معمولا واعطاه الاجر اوغير معمول ولا اجر كما في الشروح (قوله اى دق القصار) اطلقه
فشمل الاستاذ والاجير وحده اومعين له لان عملهما مضاف الى الاستاذ فيجب الضمان
عليه مالم يجاوز المعتاد كما في الغاية (قوله وزلق الحمال) اعم من ان يحمل شيئا
على ظهره او على دابته كما في الكافي (قوله اوسقط من دابة) اطلقه فشمل
من يستمسك على الدابة ويركب وحده اولا وهو الصحيح كما في الشروح (قوله
كذا دابة لم يجزه) اى كادمى دابة في ان لايضمن الحجام والفصاد بعمله حال كون كل منهما
لم يتجاوز المعتاد فيه وهذا مراد المصنف وعليه شرحه ولا غبار على كلامه كما لا يخفى
(قوله فلا يمكن تقييده بالسلامة) هذا اذا كان في الدابة والعبد باذن المولى اما اذا لم يوجد
الاذن فهو ضامن وان لم يتجاوز المعتاد كما في الهداية (قوله حتى ان الختان الخ) متفرع على
قوله يضمن الزائد الخ (قوله وهي من الغرائب) وجه غرابتها من حيث الظاهر وهو حيث
يجب الاكثر الخ واما كون المسئلة هكذا فقد اقتضاها قوله يضمن الزائد كله الخ تفصيله مايسقط
في الظهيرية من انه انما وجب كمال الدية اذا برأ والنصف اذا مات لانه اذا مات فقد حصل التلف
من الفعلين قطع الجلدة وقطع الحشفة انه مأذون في الاول وغير مأذون في الثاني فيتنصف الضمان
واما اذا برأ فقطع الجلدة مأذون فيه فجعل كان لم يكن بالبرء وقطع الحشفة غير مأذون فيه
فوجب ضمان الحشفة كلا وهو الدية هذا لايقال ان قطع الحشفة في الافضاء الى التلف فوق قطع
الجلدة بدليل مشروعية هذا دون ذلك فينبغي ان يجب كمال الدية اذا مات عن غير برء كما
في قطع اليد مع حز الرقبة لانا نقول ان كل واحد من القطعين من جنس واحد في انه يحتمل ان يكون
متلفا وان لا يكون متلفا والضعف والقوة لا اعتبار له كما لا اعتبار للقلة والكثرة في باب الجناية بخلاف
الحز فانه لا احتمال ان لايقع اتلافا فلا يكون من جنس قطع اليد (قوله فان كسر دن الخ)
اطلقه ولكنه مقيد بانه اذا كسر بصنعه عمدا اوخطاء كزلق وعليه كلامه في الشرح قال في الكافي
وان تلف في يده بغير فعله بان زحمه الناس لايضمن عند ابي حنيفة خلافا لهما انتهى اقول
وهو مسئلة الاجير المشترك وذكر في شرح الجامع الصغير لقاضيخان وان انكسر لابتفريط
بان ازدحم فلا ضمان عليه وله من الاجر بقسط ما حمل انتهى ظاهره على انه بالاتفاق اقول
ينبغي ان يضمن اذا امكن التحرز عن هذا الازدحام والا فلا لما في شرح الطحاوي انه لوزحمه
الناس حتى انكسر فلا ضمان بالاجماع اذ هو بمنزلة الحرق الغالب ولو انه هو الذي زحم الناس
حتى انكسر فانه يضمن بالاجماع هذا اذا انكسر في وسط الطريق اما اذا انكسر بنحو

زلق بعد ماانتهى الى المقصد فله الاجر بلا ضمان هكذا حكى عن القاضي صاعد النيسابوري
وهو يوافق قول محمد اخرا واما على قول ابي يوسف وهو قول محمد اولا فعلى الحمال ان يضمن
لماروى عن ابن سماعة ان الحمال لو انتهى الى المقصد فانزله مع رب الزق فوقع من ايديهما
فهلك ضمن الحمال عند ابي يوسف ومعه محمد اولا وقال محمد ثانيا انه لايضمن كما في الذخيرة وقال
المتأخرون ان يضمن الحمال النصف لوقوع الزق من فعلهما وكثير من مشايخنا افتوا به
كما في المقدسي (قوله اجير وحد) بالاضافة والوحد) بفتح الواو وسكون الحاء بمعنى الواحد
صفة موصوفها مقدر اى اجير مستأجر واحد (قوله من يعمل لواحد) اشار به الى انه لو عمل
لاواحد فهو اجير مشترك لماسبق ظاهره على انه لواستأجر اثنان او ثلثة عبدا لخدمتهم مدة اولرعى
غنمهم فهو اجير مشترك كما هو الموافق لما في جامع الفصولين ولكن صرح في البزازية انه اجير
الواحد والتحقيق فيه انه لوكانت الغنم مشتركة بينهم يكون الاجير خاصا لهم ولوكان لكل منهم غنم
على حدة وعقدوا بعقد واحد لرعى غنمهم على ان لا يعمل لغيرهم كان خاصا وان جوزوا
عمله لغيرهم فمشترك هذا زبدة ما في المقدسي فظهر ان المراد بالواحد اعم من الحقيقي
والحكمي كما لايخفى (قوله وان لم يعمل) هذا اذا تمكن من العمل حتى لوسلم نفسه ولم يتمكن من العمل
لعذر منعه لم يجب الاجر ذكر في الذخيرة لواستأجره لاتخاذ الطين او غيره في الصحراء فامطرت
ذلك اليوم بعد ماخرج الاجير الى الصحراء لااجر له وبه كان يفتي المرغيناني كما في البيانية (قوله
كاجير شهر لخدمته) فيخدم المستأجر وزوجته واولاده وضيفه الخدمة المعتادة من الضحو
الى ان ينام الناس بعد العشاء الآخرة ومن الخدمة غسل الثياب وطبخ الطعام وسقى الدواب
وعلفها وحلب الشاة وليس له ان يقعده خياطا او قصارا او تاجرا لانه ليس من الخدمة ولايسافر
به وان ذكر الخدمة مطلقا حتى لوسافر به او استعمله في غير ما سمى به ضمن لانه غاصب كما في
العناية (قوله والاجر مقابل بها) اى بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض عمله بخلاف
الاجير المشترك فانه لوفتق عمله في الثوب غير الخياط قبل قبض رب الثوب فلا اجر للخياط
لانه لم يسلم عمله لرب الثوب ولايجبر الخياط على ان يعيد العمل لان العقد قد انتهى بتمام العمل
ولو كان الفاتق الخياط فعليه ان يعيد العمل كما في البيانية (قوله او رعى غنم) وكذا الحكم
في البقر وما في معناه كما في البرجندي (قوله وليس له ان يعمل لغيره) ظاهره على انه لو عمل لغير
ينقص اجرته او تسقط كما لو مرض ذكر في الذخيرة وغيره انه لوكان اجير وحد من كل وجه بان
وقع العقد على المدة لعمل كالحصاد والخدمة فحصد اوخدم في بعض المدة لغيره لايستحق
الاجرة كاملا ويأثم ولوكان اجير وحد من وجه ومشترك من وجه كظئر استوجرت مدة آجرت
نفسها من آخر ولم يعلم الاول حتى مضت المدة وقد ارضعت ولدكل منهما استحقت الاجر
كاملا على كل منهما ولاتتصدق بشئ من ذلك هذا لشبهها بالمشترك وتأثم لشبهها بالاجير
الوحد وذكر فيه ايضا ان الراعي اذا كان اجير وحد وماتت من الاغنام حتى لم يضمن لاينقص
من الاجر بحسابها وذلك لانه اذا ماتت كلها لايسقط شئ من الاجر فهذا اولى وهكذا في
المقدسي و ذكر في الظهيرية ان المالك اذا باع بعض الاغنام فان كان الراعي خاصا لايبطل
من الاجر شئ وان كان مشتركا يبطل من الاجر بحصة ماباع والكلام فيه نظير الكلام فيما اذا
مات بعض الاغنام انتهى اقول يظهر منه ان المالك لو باع قبل تمام المدة كل الاغنام لايسقط
من الاجر شئ لوسلم الراعي نفسه الى تمام المدة و ان لم يسلمه لا يستحق شيئا منه او نقول
ان يبيع كلها يفسد العقد فيلزم اجر المثل لمدة رعيه غير زائد على حصته من المسمى اونقول

ان يبيع كلها يفسخ العقد فيرفع من المسمى حصة المدة الباقية هذا هو الظاهر ولم ار من
يصرح بواحد منها (قوله او بعمله) هذا اذا لم يتعمد الفساد اما لو تعمد يضمن بالتعدى كما لو
ضرب شاة فكسر رجلها اوفقأ عينها ولو هلك فى سقى اورعى لايضمن ولو مشتركا ومات منه
لايضمن اتفاقا ان تصادقا او برهن الراعى عليه والا صدق عند ابى حنيفة وصدق المالك
عندهما كما فى جامع الفصولين وذكر فى الخانية انه لو هلك بالاستعجال فى السوق يضمن المشترك
ولايضمن الخاص مالم يتعمد الفساد وتلميذ اهل الصناعة اجير خاص لايضمن ماهلك بصنعه
مالم يتعمد ويضمن الاستاذ لكونه اجيرا مشتركا ولايرجع بماضمن على التلميذ كما فى الايضاح
وحارس الخان او السوق اجير خاص على ما ذكره الفقيه ابوجعفر وعن صاحب المحيط انه
اجير مشترك وفى الذخيرة الفتوى على الاول (قوله فلاتضمن ظئر صبى) هذا اذا سكنت فى
منزل المستأجر اواذا استأجرها سنة مثلا لترضع ولده بكذا فهو الظاهر اما اذا استأجرها لترضع
ولده هذا سنة بكذا تصير اجيرا مشتركا لما سبق كما صرح به فى الذخيرة وغيره فينبغى ان تضمن فيما يمكن
التحرز على الاختلاف السابق تدبر (قوله فكذا اذا خيره) اى خير المستأجر الاجير وقوله
لم يجز اى التخيير فلايجوز الاجارة كما فى البيع وقوله لكن يجب اى فى صورة الجواز وقوله واذا
وجد اى العمل بان شرع فى احد العملين اواحد الاعمال الثلثة وقوله باثبات الخيار اى خيار
التعيين (قوله على المسمى) اى فى اليوم الثانى كما هو الظاهر قال القدورى هذا هو الصحيح
وهكذا فى الايضاح وغيره وهو رواية ابى يوسف عن ابى حنيفة وذكر فى الجامع الصغير انه
لايزاد على المسمى فى اليوم الاول ولاينقص عن المسمى فى اليوم الثانى ولم ار من يصححه ثم اذا
وجد العمل فى اليوم الثالث او فيما بعده فالصحيح انه لايجاوز به نصف درهم لانه اذا لم يرض
فى تأخيره الى الغد باكثر من نصف درهم فما بعده اولى كما فى المقدسى (قوله بعد الطلب) اى
فى حوالى المكان الذى ضل فيه والمراد بعلمه لعدم الوجدان كونه آيسا بعد الطلب والمراد بكونه
ضالا ذهابه من حيث لايشعر المستأجر وهو حافظ له و اما اذا غاب عن بصره فهو ضامن
كما فى مختصر المحيط (قوله كذا راع) اى لم يضمن ند شاة اى فرت وكذا ند البقرة ونحوها وكذا
لو تفرقت فرقا ولم يقدر على اتباع الكل فتبع البعض وترك البعض لايضمن لماترك وفى الخلاصة
عدم الضمان بالاجماع لو خاصا وفى المشترك كذلك عند ابى حنيفة وذكر فى العمادية انه لو شرط
عليه ذبح ما خيف هلاكه فلم يذبحه فهلك يضمن ورده صاحب جامع الفصولين بان الذبح
ليس من الرعى فهو متبرع فى التزامه فلايضمن ودفعه المقدسى بانه غير متبرع بالحفظ لاستيجاره
عليه والرعى فى الحقيقة هو الحفظ ومن التزم شيئا بعقد فيه عوض لايقال به اذا خالف ماالتزم
انه ضمان الامين (قوله لايسافر بعبد موجر) حتى لو سافر به صار غاصبا فيضمن ولورده سالما الى
مولاه لا اجر له عندنا خلافا للائمة الثلثة لان الاجر و الضمان لايجتمعان عندنا كذا قالوا اقول
الظاهر انه يجب عليه اجر مامضى قبل المسافرة وايضا ينبغى ان يجب عليه المسمى عند محمد
لو تم المدة بالمسافرة او بعدها والعبد سالم كما هو الحكم فى المحجور فى الطريق تدبر (قوله اجر
عمل عبد محجور) وكذلك الحكم فى الصبى المحجور اذا آجر نفسه وسلم من العمل الا انه لو هلك
الصبى من العمل فعلى عاقلة المستأجر الدية وعليه الاجر فيما عمل قبل الهلاك بخلاف العبد
المحجور اذا هلك من العمل يجب على المستأجر قيمته ولااجر عليه فيما عمل ثم قيل الاجر الذى
يجب اجر المثل لان العقد وقع فاسدا الا انا جوزنا استحسانا تصحيحه فى حق قبض الاخر كما فى المنح

والنهاية (قوله ولايضمن اكل غلة عبد) وعلى هذا الخلاف سائر اكساب العبد المغصوب اواستهلكها اوالغاصب ووضع الخلاف فى ضمان المتلف اذ لوكان عين الاجرة قائمة فللمولى ان يأخذها بالاجماع وفيما آجر العبد نفسه اذاوآجره الغاصب يكون الاجرة للغاصب دون المالك غيرانه يتصدق به لتطرق خبث فيه او يرده على المغصوب منه وهذا اولى كما فى المنبع فظهر منه ان قول المصنف و يأخذها مولاه قائمة مبنى على ان هذه الاجرة اجرة آجر بها العبد نفسه فقط وعليه شرحه فى قوله وصح للعبد قبضها تدبر كما لا يخفى (قوله لانه نفع محض) ولما شرته العقد كما فى الشروح (قوله يحكم بانه كذلك) اى مع اليمين لان القول فى الدعاوى قول من يشهد له ظاهر الحال مع يمينه كما فى الشروح (قوله القول لرب الثوب فى القميص) وكذا القول له لوانكره اصلا و يحلف هذا اذا لم يكن لهما بينة و ان اقاما فالبينة بينة الخياط و الصباغ ثم لوانكره اصلا فشهد شاهد انه دفعه له لصبغه احمر و آخر اصفر لم تقبل كما لوقال شاهد استأجرها ليركب واخر زاد ويحتمل لانهما عقدان كما فى المقدسى وغيره (قوله والقول لرب الثوب فى الاجر) هذا عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف ان كان حريفا له اى معاملا ودافعا له شيئا للعمل فللعامل الاجر والا فلا وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر وقيام حاله بها فالقول له والا فلا كما فى الشروح و ذكر فى الكفاية وقال شيخ الاسلام خواهر زاده الفتوى على قول محمد وهكذا فى الصغرى و التتمة وظاهر الهداية على رجحان قول الامام هنا وان كان قياسا و الا رجح قول محمد لما انه قيل و عليه الفتوى و قد سبق بعض تفصيل فى مسائل شتى لباب السلم وقد ظفرت خمس مسائل رجح القياس على الاستحسان الاولى هذه المسئلة ولو على ترجيح صاحب الهداية و الثانية ماسبق فى مسائل شتى و الثالثة ما فى كتاب المزارعة ان بيان نصيب من لا بذر شرط ولايكتفى ببيان نصيب صاحب البذر فقط وفى الاستحسان يكتفى به والرابعة ماذكر فى الاصول فى اخر بحث الشرط فى حكم السبب حيث وجب المصير فيه الى القياس والخامسة فى وصية الجيران وهذه الخمس غير ماصرح به سراج الدين الهندى فى شرحه للمغنى من احدى عشرة مسئلة فليطلب من محالها وايضا قد ظفرت مسئلة فى باب الاكراه وهى توكيل بالطلاق اختار صاحب الاشباه القياس الجلى فيه على الاستحسان وجدته ايضا ذكر فى التتمة لو ان نصرانيا اكره على الاسلام فاسلم فالقياس ان لايصح اسلامه وفى الاستحسان يصح انتهى كذا فى شرح ابن الشحنة وذكر فى الخانية ان اسلام المكره اسلام عندنا ان كان حربيا وان كان ذميا لايكون اسلاما انتهى وهذا منه ترجيح القياس على الاستحسان كما لا يخفى

باب فسخ الاجارة

اخره لان فسخ العقد بعد وجوده فناسب ذكره اخرا (قوله اى للمستأجر ولا بد الفسخ) خصه بالذكر بناء على ان الفسخ منه كثير ولامنع فى ان يقع من الموجر كما فى صور خيار الشرط و لزوم دين للموجر و ارادة مستأجر عبد السفر ثم اذا احتاج احد العاقدين الى الفسخ فاذا كان بالخيار فى مدته يصح فسخه سواء كان بحضرة صاحبه او بغيبته ولم يذكر فيه خلاف واذا كان بغيره لايصح الا بحضر من صاحبه على قول ابى حنيفة و محمد ويصح على قول ابى يوسف ومنهم من قال لايصح عنده ايضا كما فى مختصر المحيط والمنصورية (قوله لانها تنفسخ الخ) اشار به الى اختلاف بين مشايخنا على ماذكر فى الكافى وغيره انه اذا تحقق العذر فهل ينفسخ العقد او يحتاج الى الفسخ وعلى الثانى عامة المشايخ وهو الصحيح

ثم ان احتيج الى الفسخ يحتاج فيه الى القضاء اوالرضاء كما فى الزيادات وهو الاصح ولا يشترط
ذلك كما فى الجامع الصغير وقيل ما فى الزيادات يحمل على عذر فيه اشتباه كدين زعم صاحبه
ان لا وفاء له الامن ثمن ما آجره وما فى الجامع محمول على ما اذا كان العذر واضحا وصحح الامام
المحبوبى وقاضيخان هذا التوفيق وذكر فى الخزانة ان فى المسئلة روايتين ووفقهما بعض
مشايخنا وقالوا ان كانت الاجارة لغرض فلم يبق ذلك كما اذا استأجر دابة لطلب عبد آبق له
ثم عاد العبد من الاباق ينفسخ الاجارة وان لم يكن كذلك يحتاج الى الفسخ اذا عرفت هذا
ظهر ان هذا الاختلاف جار فيما يفسخ بما عدا خيار الشرط والرؤية فمن قصر على ما يفسخ
بخيار عيب يفوت النفع فقد قصر ولكن اشارة المصنف هذه ايجاز مخل كما لا يخفى (قوله وانما
تنفسخ به) هكذا فى النسخ ولكن الظاهر على ما اختاره من الفسخ على الانفساخ ان يقول تفسخ
ثم اذا فسخ المستأجر فى اليوم الثالث افتى صاحب المحيط ان لا يجب اجر يومين لانه لا يمكن
من استيفاء النفع لانه لو انتفع بطل خياره كما فى الفصول العمادية (قوله او دلالة او يثبت قياسا)
بان ورود الشراء على الاعيان اقوى من وروده على المنافع غايته التساوى بينهما (قوله فيثبت
خيار الفسخ) ولو لم يفسخ حتى بقى العقد سقط عنه الاجر لعدم تمكنه من الانتفاع على الوجه
الذى قصده بالاستيجار فاذا بناها الموجر فسكن المستأجر فيما بقى من المدة او عاد الماء لزمه
الاجرة ويرفع من الاجرة اجرة مدة الخراب والانقطاع كما فى المنبع وفى مدة الخراب او الانقطاع
القول قول المستأجر لانه ينكر تقرر الاجر عليه (قوله كمرض العبد الخ) وكنقصان الماء نقصانا
فاحشا اذ به حق الفسخ للمستأجر قال القدورى فى شرحه اذا صار اطحن الرحى اقل من نصف
طحنه فهو فاحش اما اذا لم يكن فاحشا فليس له الفسخ لان مدة الاجارة لا تخلو عن نقصان غير
فاحش غالبا (قوله فلو لم يخل به) وفى الخلاصة لو انكسرت اوتاد الفسطاط فعليه الاجر ولو
انقطعت اطنابه فلا اجر عليه ولو استأجر ارضا ليزرعها فزرع وقل ماؤه قال محمد له ان ينقض
الاجارة ويخاصم حتى يتركها الحاكم بيده باجر مثلها الى ان يدرك الزرع فان سقى زرعه كان رضا
وليس له ان ينقض الاجارة (قوله بالمخل) اى بالعيب المخل بالنفع كرحى قل ماؤه وطحن نصف
ما كان يطحن ولم يرده فانه يكون رضا كما فى الخلاصة (قوله استوجر حداد) وهو الجراح سمى
به لعلاجه بالحديد قيد فى المسئلة بالسكون كما فى الهداية والظاهر منه انه لو لم يسكن وجعه
لا يكون له الفسخ الا ان الصحيح انه لو بدا له شئ يكون له حق الفسخ كما اذا استأجره لقطع يده
للاكلة او لهدم بنائه ثم بدا له فى ذلك كان عذرا لان فى ابقاء العقد اتلاف شئ من بدنه او ماله
كما فى مبسوط السرخسى (قوله ولزوم دين) اطلقه فشمل المعاين والمثبت بالبرهان او الاقرار
كما فى الشروح (قوله واراد فسخها الخ) هذا اذا لم يستغرق الاجرة المعجلة قيمة المستأجر اسم
مفعول من الدكان او الدار او نحوهما فليس للقاضى ان يأذن ويحكم فى بيعه للدين كما فى القنية
(قوله وسفر مستأجر عبد للخدمة) اشار بعقد العبد وهو من المنقول انه لو استأجر عقارا
مثل حانوت او منزل ثم بدا له ان يسافر كان عذرا فللمستأجر الفسخ بالطريق الاولى وقيد
بسفر المستأجر لان سفر مولى العبد لا يكون عذرا ثم لو انكر الموجر سفر المستأجر وقال انه
يريد به فسخ الاجارة يسئل القاضى من رفقائه انه هل يخرج معكم فان قالوا نعم ثبت العذر
والا فلا وقيل يحكم بذيله وثيابه وقيل يحلفه القاضى بالله انك عزمت على السفر واليه مال
القدورى والكرخى كما فى البيانية (قوله فلا يتحقق العذر) فى حقه وذكر فى الكافى ان هذا الخياط

ايضا قد يعجز عن العمل بان يظهر خيانته عند الناس فيتحامون عن معاملته وتسليم العمل اليه فهو نوع افلاس (قوله وبداء) على وزن مرام مصدر بدأله من هذا الامر بداء اذا نشأ له فيه رأى اطلقه فشمل ما بدا له فى اول الامر او فى بعض الطريق كما فى الخلاصة وقيد المسئلة بقوله من سفره لانه اذا بدا له ان لا يكترى هذه الدابة بل يكترى دابة اخرى ولو من خلاف نوعها كالابل والبغل لا يكون عذرا بخلاف ما لو اشترى بعيرا او دابة يكون عذرا لانه استغنى عن الاجارة كما فى الظهيرية وفيه ايضا انه لو اكترى دارا للسكنى ثم اشترى دارا لا يكون عذرا ولو استأجر ارضا ليزرعها ثم بدا له ترك الزراعة اصلا كان عذرا ولو بدا له زراعة ارض اخرى لم يكن عذرا وان نزت الارض كان عذرا ولو استأجر عبدا للخدمة فوجده غير حاذق فى الخدمة لا يكون عذرا (قوله فى الصرف) هذا القيد للتمثيل والمراد عمل آخر كما فى البرجندى بخلاف ما لو استأجر دكانا ليبيع ويشترى ثم اراد ان يعمل عملا آخر فانه عذر لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين كما فى الكافى (قوله فانه ايضا اى فان بدأ المكارى كترك مستأجره الخ ليس بعذر الخ) هذا على رواية الاصل وروى الكرخى انه عذر لانه اذا مرض تعذر خروجه لا باختياره وغيره لا يقوم مقامه الا بضرر كما فى الكافى ونقل الحدادى فى شرح النظم عن الكرخى انه عذر مطلقا وهو الاظهر كما فى المقدسى (قوله وبيع ما آجره الخ) يريد به ان عقد الاجارة لا يفسخ ببيع الموجر وكذا لا يفسخ عقد البيع ببقاء الاجارة حتى لو مضت مدة الاجارة لزم البيع للمشترى ولو طالب تسليم المبيع فسخ القاضى عقد البيع هذا اذا لم يكن عالما بالاجارة قبل الاشتراء اما اذا اشتراه عالما بها فليس له المطالبة كما فى غاية البيان (قوله متعلق بقوله) هذا القول فى مواضع ثلثة ليس المراد منه التعلق النحوى بل المراد مقابل له (قوله وتنفسخ بموت احدهما) سواء اجاز الوارث تلك الاجارة اولا وفى المنصورية اذا مات احدهما قبل مضى المدة ولم يكن تفريغه يجب المسمى استحسانا واجر المثل قياسا وقال الامام قاضيخان لو اسكن المستأجر بعد الموت او مضى المدة فالفتوى على انه لا يجب الاجر بالسكنى قبل الطلب اما اذا طلب فعليه الاجر فيما سكن بعد الطلب سواء كان فى الشهر الاول اولا ولا فرق فى هذا بين دار معدة للاستغلال اولا وفى الخلاصة الفتوى على انها ان كانت معدة للاستغلال يجب الاجر على كل حال والا فلا (قوله والوصى) وكذا الاب اذا آجر دار ولده الصغير او القاضى اذا آجر دار الصغير ومات لا تنفسخ الاجارة كما فى الخلاصة قال فى الظهيرية ولو اظهر المستأجر فى الدار شيئا من اعمال الشر كشرب الخمر واكل الربوا والزنا واللواطة فانه يؤمر بالمعروف وليس للآجر ولا للجيران ان يخرجوه من الدار وكذا لو اتخذ داره مأوى اللصوص انتهى وفى الذخيرة ولا خلاف فيه للائمة الاربعة وفى الجواهر ان رأى السلطان ان يخرجه فعل وقال ابن الحبيب المالكى لو اظهر الفسق فى دار نفسه ولم يمتنع بالامر بالمعروف ويقول دارى انا آتى فيها ما شئت تباع عليه داره كما فى المنبع

﴿ مسائل شتى ﴾

(قوله لان هذا تسبيب وليس بمباشرة) والفرق بينهما ان المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعذر كمن رمى سهما فى ملكه فاصاب انسانا اومالا فهلك يضمن واما التسبيب فليس بعلة فلابد من صفة العدوان ليلحق بالعلة كما فى البيانية (قوله وضع جمرة الخ) ولو اخرج حداد الحديد من الكير فوضعه على العلاة وضربه بمطرقة وخرج شرار النار الى طريق العامة واحرق شيئا ضمن ولو اخرجته الريح بلا ضربه لم يضمن كما فى المقدسى (قوله كقفيز الطحان زاده على ما فى الشروح) اشارة الى ان هذا العقد

في معناه من حيث جعل الاجر بعض ما يحدث من عمله وذلك معدوم في الحال وليس له حكم الوجود لانه غير واجب في الذمة وقوله وهو مجهول اشار به الى انه فاسد من وجه آخر وهو جهالة الاجر وهو نصف ماحصل من عمله فظهر ان هذا العقد فاسد قياسا بوجهين كاستيجار حانوت بنصف مايربح فيه على ماصرح به في الذخيرة فيكون في معنى قفيز طحان من وجه فلا غبار على كلام المصنف و يكون التشبيه بالنظر الى كون الاجر نصف مايخرج من عمله لا بالنظر الى مجهوليته تدبر (قوله لانه شركة الوجوه الخ) حاصله انه وجد فيه سبيل متعارف الى جواز هذا العقد فوجب العقد بصحته وان اباه القياس كما في الكافي وذكر فيه ايضا ان هذا شركة التقبل وهو الموافق لما ذكر في كتاب الشركة الا ان المصنف تبع فيه صاحب الهداية كانه اطلق عليه شركة الوجوه مجازا لا اصطلاحا لما ان احدهما يقبل العمل بوجاهته ولما انه لم يوجد التقبل من الآخر فيه وقوله في الحقيقة اى في حقيقة الحال يعني ان هذا العقد بحسب ظاهر الحال عقد اجارة الا انه بحسب حقيقة الحال والامر عقد شركة لان معنى القياس الجلي وهو مقابل الاستحسان ماكان متبادرا ظاهرا كما ان مبنى الاستحسان ماخفي من المعاني التي نيط بها الحكم وذا قوى الاثر كثيرا ولذا غلب على القياس كما هنا (قوله كاستيجار جمل آه) وفي المحيط استأجر بعيرين الى مكة ليحمل على احدهما محملا فيه رجلان والوطاء والدثاء ولم يره الجمال ولا الوطاء ولا الدثار وعلى الآخر زاملة عليه كذا مختوما من السويق ومايصلحه من الزيت والخل ومايكفي من الماء ولم يبين قدره ومايصلح من الحبل والمعاليق من القربة والمطهرة والمضاءة ولم يبين وزنه و بشرط ان يحمل من مكة من هداياها مايحمل الناس فهذا جائز استحسانا للتعارف وله ان يحمل ماهو متعارف وحكى مثله عن مالك الخ (قوله لحمل قدر زاد) وقيد الزاد للتمثيل اذ غيره من المكيل والموزون ونحوه مثل ذلك هذا عندنا خلافا لبعض اصحاب الشافعي وهذا الخلاف فيما اذا اطلق اما اذا شرط الاستبدال يستبدل بلا خلاف كما في المنبع وذكر في المحيط اشترط عقبة الآخر وهو ان يستأجرها اثنان ليركبها احدهما ويترك الآخر ولم يتبينا مقدار ركوب كل واحد جاز للعرف وبه قالت الائمة الثلثة خلافا للمزني من اصحاب الشافعي (قوله انعقد بينهما عقد اجارة) لان الاجارة بالتعاطي صحيحة كما في الذخيرة (قوله وان اثبته) اى بعد مدة عينها المالك كالشهر او السنة كما في الخزانة وغيره (قوله اواقر) عطف على قوله انكر وقوله فحينئذ لايفيد رضاه ظاهرا اى ظاهر رضاه اذ ظاهر الحال لايقابل الصريح من صاحب الحال كما ان الظاهر لايقابل النص (قوله ان يوجر الاجير) اراد به المستأجر اسم مفعول فيشمل سائر المنقول والعقار واراد بايجار المستأجر من غير موجره اعم من المستأجر الاول او الثاني لان المختار ان لايجوز ايجار المستأجر الثاني من الموجر ايضا لان المالك انما ينتفع بحكم الملك كما في الصغرى ثم الاجارة الثانية من الموجر لاتبطل الاجارة الاولى اذ الثانية فاسدة فلا ترفع الصحيحة وهو الاصح الا انه لو قبضه الموجر سقط الاجر عن المستأجر في مدة قبضه كما في الخلاصة (قوله و يودع) اطلقه وهو الموافق لما في الفتاوى السراجية ومنية المفتي الا انه قد سبق هنا من العمادية في مسئلة استيجار دابة للركوب او الحمل الخ ان للمستأجر ايداعا في صورة التخصيص لا في صورة التعميم تذكر فعلى هذا يظهر منه ان الايداع ليس في حكم الاجارة والاعارة مطلقا وان عليه التعرض لتفصيل الايداع وان تركه في المسئلة الثانية لم يكن من باب الاكتفاء مطلقا تدبر (قوله فصار قابضا له حكما) اما في صورة عدم المنع فظاهر واما في صورة المنع فانه

لوخاصمه فيها لحكم له بها كما في الكافي (قوله على كتبه المكاتب) وهي السجلات والمحاضر ونحوهما وقوله قدرما يجوز لغيره اي لغير القاضي قال الزاهدي في قنيته ولم يرد في اجرة السكاكين مقدارمعين سوى ماروي عن علي السغدي و بعض المتقدمين وهوان الوثيقة بمال اذا كانت تبلغ الفا ففيها خمسة دراهم وفي الفين عشرة دراهم الى عشرة آلاف ففيها خمسون درهما ثم مازاد ففي كل الف درهم وان كانت الوثيقة باقل من الالف ان لحقه من المشقة مثل مايلحقه بوثيقة الالف ففيها خمسة دراهم وان كانت ضعفه فعشرة وان كانت نصفه فدرهمان ونصف وفي الزيادة والنقصان على اعتبار ذلك واراد بمشقة الكتبة كتبة الاجناس والعروض المختلفة بصفاتها وقيمها (ط) واما اجر كاتب القاضي وقسامه فعلى الخصوم (قب) اجرة السجل على المدعى (م) على المدعى عليه (مح) على من استأجره والافعلى من اخذ السجل (سط) يجوز للمفتي اخذ الاجر على كتبه الجواب بقدره لان الكتبة ليس عليه لان الواجب عليه الجواب اما باللسان او بالكتاب وذكر في المنية انه اذا ادعى اثنان عينا احدهما اجارة والآخر شراء فاقر المدعى عليه للمستأجر فلمدعي الشراء ان يحلفه على دعوى الشراء ولوادعيا اجارة فاقر لاحدهما ليس للآخر ان يحلفه آجر دابة لرجل ثم لآخر فاقام الاول البينة ان كان الآجر حاضرا تقبل عليه وان كان مقرا بما يدعي عليه هذا المدعي وان كان غائبا لا تقبل انتهى واما اجرة القسمة فذكر في (يت) انها على عدد الرؤس الصغير والبالغ فيه سواء (اسنح) اختلف العلماء المتأخرون في تقديره قال ابوالحسن الكرخي وشمس الائمة محمد بن سهيل والفقيه ابو الليث للقاضي ربع العشر وذهب اليه الامام المعروف بخواهر زاده وعليه الفتوى وفي المنتخب مثله كذا في حاوي المنية للزاهدي (ثم اعلم وفقك الله سبحانه وتعالى قدظهر لذلك قانون منيف للدولة العثمانية بناء على ان بيت المال لما صرفه السلطان الى محاوج الدين والدولة من وظائف العساكر الراجل والفارس وغيرهما عين للقضاة قدرا معينا في كتب السجلات والمحاضر والقسمة بعد عرض اصحاب الحل والعقد بما اتفق عليه آراؤهم وللسلطان تصرف في مثل هذا لئلا يبطل مصالح الرعية والعباد ولئلا يعرض فتور لمعيشة العلماء ولاسيما حال القضاء وانعقد على صحة ذلك اجماعهم وتأكد بتعيين السلطان ومسند الكل فيه الضابط الاستحساني المذكور في كتب الاصول فظهر ان من لم يتجاوز عن تعيين الفقهاء والسلطان لايلام اصلا ومن يتجاوز عن ذلك انصفه المولى عز وجل وقد قالوا ليس زماننا زمان اجتناب الشبهات وعلى المسلم ان يتقي الحرام المعين ومن ذلك قالوا ان نصيب الاكرة يطيب لهم ويطيب ان يؤكل منه برضاهم وان كان ذلك لايخ عن نوع شبهة كما في الخانية والتجنيس ولقد قيل صاحب الاشباه ذلك هذا

﴿ كتاب العارية ﴾

(قوله في الصحاح هي بالتشديد الخ) وفي القاموس وقد تخفف والعارية ماتداولوه بينهم انتهى وما في آخره تاء اذا نسب تحذف تاؤه كمكي في مكة مذكركان اومؤنثا والاصل في الياء النسبية التشديد ويجوز التخفيف وفي المغرب العارية فعلية منسوبة الى العارة اسم من الاعارة كالغارة من الاغارة فظهر ان العارية لم يكن منسوبة الى العار وهو المعول عليه لانه عليه السلام باشر الاستعارة فلوكان في طلبها عار وعيب لماباشرها كما في النهاية ومعراج الدراية وذكر في البدرية انه يحتمل ان يكون العارية اسما موضوعا لانسبيا كالكرسي والدردي نظيره كميت وكميت صيغة تصغير وليس بتصغير وما ذكر في الكافي هوالمذكور في المبسوط (قوله تمليك نفع) اشار به الى رد

ماقاله الكرخي من انها اباحة نفع وماقى المتن مختار ابى بكر الرازى وهو الصحيح كما فى الشروح واطلق النفع فشمل نفع الجزء المشاع فان اعارته تصح سواء احتمل القسمة اولا وسواء اعاره من الشريك اولا كما فى القنية والمراد بهذا التمليك تمليك على سبيل الجواز لا اللزوم لان للمعير ان يسترد متى شاء فيخرج من التعريف هبة المنفعة ابدا كهبة المرور فلم يحتج فى اخراجها الى قولنا لاعلى التأبيد وقوله و بهذا يخرج اى بقوله بلاعوض كما يخرج بهذا القول نفع البيع والهبة (قوله فان المنح لتمليك العين عرفا الخ) ظاهر كلامه على ان للمنح حقيقة عرفية وحقيقة لغوية ولذا احتيج الى الارادة فى الهبة وقوله واصله ان يعطى الخ لايخفى ان تمليك المنافع هو معنى العارية انسب بمعناه الاصلى لانه فى نوع خاص وثلك فى الاعم فيقتضى كونه مجازا فيهما لماذكر فى محله ان ذكر الخاص وارادة العام يقتضى كونه مجازا فيه كما ان الاصلى ذكر الجزء وارادة الكل يقتضى كونه مجازا فيه (قوله يندفع مااعترض صاحب الكافى الخ) ذكر فى المستصفى شرح نافع فى جواب هذا الاعتراض انه جاز ان يكون هذان اللفظان حقيقة لتمليك العين ومجازا لتمليك المنفعة واليه مال صاحب الهداية فى كتاب العارية و يكون التقدير اذا لم يرد به الهبة واراد به العارية و يحتمل ان يكونا لتمليك المنفعة حقيقة ولتمليك العين مجازا واليه اشار فخر الاسلام فى مبسوطه وصاحب الهداية فى كتاب الهبة و يكون قوله اذا لم يرد به الهبة للتأكيد و يحتمل ان يكون المعنيان حقيقة لهما وانما يتعين العارية عند الاطلاق لانه ادنى الامرين فيحمل عليها للتيقن كما فى الكفاية (قوله عن افادة الملك) اى فى الرقبة كما هو الظاهر اوهو نص فيه ولكن اللام يحتمل ان يفيد تمليك المنفعة فكان اول الكلام محتملا لتمليك السكنى والمحكم لايما رضه غيره من الظاهر والنص وغيرهما (قوله و يرجع المعير متى شاء) اى فى العارية سواء كانت مطلقة اوموقتة كما فى الشروح وعليه تعميم التعليل ولكن استثنى من ذلك مافى الظهيرية والخانية من انه اذا استعار امة لترضع ولده والف الصبي لها بحيث لايأخذ ثدى غيرها فانه لايجوزله ان يرجع بل له اجر مثل خادمه الى ان يفطم الصبي اذاطلب الرد قلت لاحاجة الى استثناء هذا لان الاعارة لم يبق فيه اعارة بل لمارجع المعير وصح رجوعه بدلت الاعارة بالاجارة نظرا للصبي وفيه نظر للمعير ايضا كما لايخفى ومن هذا القبيل مالو استعار فرسا للغزو فلقيه فى بلاد الشرك فى موضع لاقدرة للمستعير على الكراء اوالشراء كان له ان لايدفعه بل عليه مثل اجر الفرس من الموضع الذى طلب صاحبه الى ادنى الموضع الذى يجد فيه كراء اوشراء كما فيهما (قوله ولايضمن اذا هلكت بلا تعد) سواء هلكت باستعماله اولا وسواء شرط عليه الضمان اولاوسواء ظهرهلاكه اوخفى ثم هذا اذاكانت العارية مطلقة امالوكانت مقيدة بالوقت مطلقة فى غيره نحوان يعير يوما فانها مطلقة الا فى حق وقت فلو لم يردها بعد مضى الوقت مع الامكان ضمن اذاهلكت سواء استعملها بعدالوقت اولا كما فى شرح الطحاوى والخلاصة والمصفى من غيرذكرخلاف بين اصحابنا وذكرصاحب المحيط وشيخ الاسلام خواهرزاده انه يضمن اذا انتفع بها بعد مضى الوقت والا لم يضمن واليه مال شمس الائمة السرخسي لان المستعير يمسك مال الغير بعد المدة لنفسه بخلاف المودع ثم الوقت اعم من ان يكون نصا اودلالة كما لو استعار قدوما ليكسر بها حطبا فكسره ولم يرد حتى هلكت ضمن قال به الامام ظهير الدين كما فى المنبع (قوله اذ ظهر بالضمان انه آجر الخ) فتكون الاجارة صحيحة ولهذا يكون الاجرة للمستعير كما فى الظهيرية ويتصدق بالاجرة عندهما خلافا

لابى يوسف كما فى الخلاصة (قوله وتعار مطلقا) اى يجوز للمستعير ان يعير الاعارة من غيره ومختلف الاستعمال كالثوب للبس والدابة للركوب فان لبس القصاب لايكون كلبس الصراف وركوب العسكرى لايكون كركوب السوقى وغير المختلف كالدابة للحمل والدار للسكنى كما فى الشروح (قوله ان لم يعين منتفعا) قيد به لانه لوعين المعير ان ينتفع بها نفس المستعير اواجيره مثلا يضمن بالاعارة الى غيره (قوله وان عينه) هذا فيما عين المنتفع ولم ينهه عن الدفع الى غيره اما اذا نهاه عن الدفع اليه فدفع فهلك ضمن مطلقا يعنى سواء مما اختلف استعماله اولا كما فى الخلاصة وفى كفاية البيهقى لايضمن فيما لايتفاوت اذ النهى غير مفيد فيه ولكن قال برهان الدين ذكر الفقيه ابو جعفر انه يضمن فظهر ان النهى متأثر مطلقا (قوله واما فعل تعين الخ) قاله البزدوى وصححه فى الكافى وقال السرخسى وخواهر زاده لا يضمن كما فى الخانية (قوله وان اطلق الانتفاع الخ) روى بشر عن ابى يوسف اذا استعار دابة اوثوبا فاستعمل فى المصر ثم خرج بهما من المصر واستعمل فهو ضامن وان لم يستعمل ففى الثوب لايضمن لان الخروج به حفظ وفى الدابة يضمن لان الخروج بها تضييع معنى كما فى الذخيرة ومن استعار دابة ليركبها الى مكان معلوم ففى اى طريق ذهب وكان مما يسلكه الناس لم يضمن وان كان مما لايسلكه الناس ضمن لان مطلق الاذن ينصرف الى المتعارف كما فى الفصول العمادية (قوله بالخلاف الى شر كحمل حطب اوحديد) مثل وزن الحنطة المسماة اذ الاول يأخذ من ظهر الدابة اكثر والثانى مما يدق ظهر الدابة فيكون اضر واختلف فى حمل مثل وزن الحنطة المسماة بالشعير ففى القياس انه يضمن اختاره الامام السرخسى وفى الاستحسان لايضمن اختاره شيخ الاسلام خواهر زاده وهو الصحيح كما فى الولوالجية وبه كان يفتى صدر الشهيد كما فى الفصول العمادية (قوله والى مثل) ذكر فى الخانية انه اذا استعار دابة للذهاب الى مكان معلوم وذهب الى مكان آخر بتلك المسافة يضمن وكذا لو امسكها فى البيت لانه استعارها للذهاب لا للامساك وقوله اوخير كحمل شعير مثل الحنطة المسماة كيلا (قوله عارية الثمنين) قد سبق ان العارية اسم من الاعارة وذلك بالنظر الى المعير ولا يمنع هذا كونها اسما من الاستعارة بالنظر الى المستعير لان العارية دائرة بينهما والمراد هنا الاخير يؤيده قوله قرض وهذا هو الظاهر ويمكن ان يراد الاول كما لايخفى (قوله قرض يقتضى ضمان مثله) ولو كان العين المستعار فيما ينتفع بعينه كالثريد فعليه قيمته وهو قرض ايضا الا اذا كان بينهما مباسطة فيكون ذلك دلالة الاباحة كما فى الخلاصة وعن محمد استعار رقعة ليرقع بها ثوبه اوخشبا يدخله فى بنائه لايكون عارية ويكون مضمونا كالقرض الا اذا قال اردها عليك فهو عارية كما فى الذخيرة (قوله اذا لم يعين الجهة) اى جهة الانتفاع بدون استهلاك العين هذا هو المراد ومثل هذا الاعتبار من ارباب المتون لايعد ايجازا مخلا (قوله ليعير بها الميزان) اى ليزنه ويسويه فى القاموس وعير الدنانير وزنها واحدا بعد واحد انتهى فيكون من العيار وهو الوزن ومنه ذهب صحيح العيار اى صحيح الوزن وخالص من الغش (قوله وله ان يرجع) اطلقه فشمل ما لو كانت العارية مطلقة اومقيدة اوموقتة لان العارية غير لازمة كما فى البرجندى (قوله لانه اى المستعير شاغل ارضه) اى المعير بملكه وهو البناء والغرس وقوله الا اذا شاء اى المعير رجوع المستتر الى المستعير خطاء وقوله ويستبد ذلك به الظاهر ان يقال ويستبد بذلك اى يستقل المعير فى اخذهما بقيمتهما ان اضر القلع ولبس للمستعير القلع الا اذا اختار المعير الضرر وقوله ولايشترط عطف على قوله لايجوز (قوله مانقص

البناء والغرس) ماءصدرية اوموصولة فعلى كلا التقديرين رفع البناء والغرس اما على الاول فظاهر واما على الثانى فيقدر العائد الى ما اى مانقص فيه البناء الخ وماعبارة عن القيمة اوهما نصب على ان المستتر عائد الى رب الارض وضمير الموصول اوالموصوف مقدر ايضا فينظر كم يكون قيمة البناء والغرس اذا بقى الى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته مثلا اذا كان قيمة البناء اوالغرس الى المــدة عشرة دنانير واذا قلع فى الحـال يكون قيمــة المقلوع دينارين يرجع بثمانية دنانير ثم هذا ماذكره القــدورى وذكر الحاكم الشهيد ان المستعير بالخيار ان شاء ضمن صاحب الارض قيمــة غرسه وبنائه قائما سليما وان شاء اخذ غرسه وبناءه ولا شئ على صاحب الارض ولم ارمن يرجح احدى الروايتين على الاخرى سوى ان اكثر المتون على رواية القدورى (قوله حتى يحصد) من الاحصاد اى يصير صالحا للحصاد ثم رعاية حق المستعير فظاهر واما رعاية حق المعير فبان يترك باجر المثل اقول ونظيره ماسبق من اعارة امة ترضع ولده واعارة فرس للغزو الى آخر مانقل من الظهيرية والخانية (قوله قد اطعمتنى ارضك) قيد بالارض لان فى اعارة الدار والثوب يكتب اعرتنى ولايكتب اسكنتنى والبستنى لان اعارتهما للسكنى واللبس فقط كما فى الشروح (قوله صح التوكيل) الموافق لعبارة الكافى صح الكفل اى كونه كفيلا وتعليله بقوله لانه التزم الخ يقتضى ذلك ايضا على ان قوله ولوتوكل اى صار وكيلا يستلزم صحة التوكل والتوكيل برد العارية والمغصوب فالمفيد بيان صحة التكفل به بل هو الصواب كما لايخفى (قوله اى عنــد المستأجر) هكذا فى النسخ والصواب اى عبد المستعير (قوله الى اصطبل مالكها) لانفس مالكها يعنى لاحاجة للرد الى نفس مالكها وذكر التمرتاشى عند ابى سلمة انه ان كان الاصطبل خارج الدار لايبرأ لان الظاهر انها يكون هناك بلاحافظ كما فى المنبع وقيل هذا فى عادتهم كما فى البناية (قوله بخلاف الاجنبى) استدل بهذه المسئلة ان المستعير لايملك الايداع قصدا واليه ذهب الكرخى قال البقــالى هذا اصح وقال مشايخ العراق يملكه وبه اخذ ابو الليث والفضلى وقال فى التمرتاشية واليه اشار محمد فى الاصل وقال فى الكافى وعليه الفتوى فبناء هذه المسئلة على مذهب الكرخى ظاهر واما على القول المفتى به فمحمول على انتهاء الاعارة لانقضاء المدة بان كانت موقتة فمضت مدتهــا ثم بعثها مع الاجنبى كما فى البحر الرائق قلت لافرق فى ايجاب الضمان بين رد نفسه ورد غيره لو هلكت بعد مضى المدة فحينئذ قيد الاجنبى لايفيد تدبر اوبان استعارها فاستخدمها وبعد انقضــاء العمل ردها مع الاجنبى فهلكت يضمن لماسبق من انه لوعمل بعمل يتعين ذلك وليس له ان يعمل بعمل آخر والايداع عمل آخر فيضمن فيظهر منه انه لو ردها معه قبل الاستخدام ينبغى ان لايضمن فظهر ان هذا الحمل اولى على انه لما انتهى العمل والاعارة صارت وديعة عند المستعير فيصير مودعا وهو لايملك الايداع بالاتفاق ولذلك يضمن كما فى الكافى وغيره (قوله ولا لما اودعها) اى وان لم يكن عدم الرضى بحفظ غيره بل رضى او ان لم يكن الوديعة لان بحفظها لما اودعها عنده ومثل الا هذه ليست للاستثناء بل مركبــة من ان ولا تقابل كثيرا بالمثبت كما فى التصوير الثانى وعند تقابلهــا بالمنفى كما فى التصوير الاول كما لايخفى (قوله ضمن الثانى) اى المحجور الثانى وهو المستعير لان تسليط المعير وهو المحجور الاول غير معتبر وقوله مالامفعول يضمن (قوله واجرة الرد على المستعير) ولم يذكر اجرة رد العبد الموصى له بالخدمة قالوا لارواية لها قال صاحب النهاية ويجب ان يكون على الموصى له بالخدمة كما فى المستعير (قوله والمرتهن)

وقيل على الراهن وقد ذكر في الاستروشنية كل من القولين من غير ترجيح لاحدهما ولكن ذكر صاحب النهاية القول الاول فقط وشيد اركانه حيث قال لان الغنم حصل له ولهذا اختص به من سائر الغرماء حتى يستوفي دينه منه اولا فكان الغرم عليه وتبعه المصنف

﴿ كتاب الوديعة ﴾ (قوله لايخفى وجه مناسبته لكتاب العارية) وهو ان كلا منهما امانة يترك في يد الآخر احدهما للانتفاع والاخرى للحفظ وفي هذا الترتيب تقديم الاعلى على الادنى ومن محاسن الوديعة كون المودع موصوفا بالامانة وقال عليه السلام الامانة تجر الغنى و الخيانة تجر الفقر قيل لما ابتليت زليخا بالفقر و ابيضت عيناها من فراق يوسف عليه السلام جلست على قارعة الطريق في زي الفقراء فمر بها يوسف عليه السلام فقامت ونادت ايها الملك اسمع كلامي فوقف يوسف عليه السلام فقالت الامانة اقامت المملوك مقام الملوك والخيانة اقامت الملوك مقام المملوك فتفقد عن حالها فاخبر انها زليخا فتزوجها ترحما عليها كما في النهاية والمنبع (قوله امانة تركت للحفظ) الفرق بين الوديعة و الامانة العموم والخصوص فان كل وديعة امانة والعكس ليس كذلك وحمل الاعم على الاخص يجوز كما فعله المصنف دون عكسه كما فعله القدوري لان الامانة تشمل ما اذا كانت من غير قصد كما اذا هبت الريح في ثوب انسان فالقته في حجر غيره ومايقال من ان الوديعة قد يكون من غير صنع المودع على ما صرح به صاحب الهداية في اواخر باب الاستثناء من كتاب الاقرار فدفعه بحمل الوديعة ثمه على معناها اللغوي لا الاصطلاحي و مثل هذا كثير لايخفى على من تدرب وفي قوله تركت للحفظ اشعار بان في الوديعة لابد من الايجاب والقبول بخلاف الامانة من حيث هي هي واشار بقوله للحفظ ان المقصود الاصلي فيخرج به العارية اذ الحفظ فيها ضمني فلاحاجة الى قيد اخر لاخراجها وهو قوله فقط (قوله ثم غاب الآخر) لو تعدد اهل المجلس فترك عندهم ثوبه اوكتابه اونحو ذلك يكون وديعة عند الكل حتى لو تركوا فهلك ضمنوا اما لو قام واحد بعد واحد فالضمان على من قام آخرا وترك لانه تعين حافظا كما في المنبع (قوله والقبول) اي من المودع واشار بالايجاب والقبول الى ان كلا من عاقديهما مكلفا فلايصح الايداع من المجنون والصبي الذي لايعقل بخلاف الصبي المأذون فانه في حكم المكلف في كثير من الاحكام وهنا كذلك حتى صح قبوله الوديعة و اما الصبي المحجور فلايصح قبوله الوديعة لانه لايحفظ المال عادة حتى حجر من حفظ ماله كما في المنبع ولواستهلكها لم يضمن ولواودع عبدا محجور الوديعة فاستهلكها ضمن العتق كما في المحيط ولوكانت عبدا فقتله الصبي ضمن عاقلته وفي العكس خير مولى العبد بين دفعه او فدائه كما في البحر الرائق (قوله ولو قال لا اقبل الوديعة) هكذا في (فك) وفي (ظ) كما في القنية فظهر من هذا سقوط ما في القنية من اول كتاب الوديعة وضع عنده شيئا وقال له احفظه حتى ارجع فصاح لااحفظه حتى ارجع فصاح لااحفظه وتركه صاحبه صار مودعا ويضمن ان ترك حفظه فهو مشكل لان فيه تقديم الدلالة على الصريح بخلاف ما اذا قال ضعه في الجانب من بيتي الا اني لا التزم حفظه حيث يصير مودعا للتعارض الصريحين فتساقطا فبقي وديعة عنده (قوله فلايضمن ولوشرط عليه الضمان) لان اشتراط الضمان على الامين باطل ولهذا لوشرط الحمامي الضمان ان ضاعت ثيابه كان باطلا ولاضمان عليه وهو اختيار الفقيه ابي الليث قال في الخلاصة وبه يفتى وذكر الزيلعي ان الوديعة باجر مضمونة انتهى وكانت هذه المسألة موضوع بحث وقلت المراد بكونها مضمونة صحة استيجار المودع

المودع على حفظها وكون الاجرة مضمونة وواجبة فى ذمة المودع لان الوديعة يضمنها
المودع لوهلكت وعليه ظاهر عبارة الزيلعي وليس كذلك بل المذكور فى الخلاصة وغيره
وجد الفرق بين الوديعة والرهن بان يصح للوديعة الاجرة فى حفظها دون الرهن هذا
وبه يفتى (قوله ان هلكت اوسرقت) سواء امكن التحرز عنه اولا وقوله مانقلنا اى من الحديث
(قوله اخذ الغلة) قيد به لان المتولى لو باع دار الوقف مثلا ومات ولم يبين اين الثمن فانه يكون
دينا فى تركته كما فى فتح القدير من الفصل الاول فى الوقف وهكذا ان المتولى اذا قبض عين
الوقف بان كان دراهم اودنانير على جواز القول المفتى به ثم مات مجهلا يكون ضامنا وهى واقعة
الفتوى فى ديار العرب والروم كما هو المستفاد من الخانية وغيره (قوله بعض الغانمين) وفى الخلاصة
بعض الناس وهو الافيد (قوله وقاضيا اودع) قيد به لانه اذا قبض ماله ووضعه فى منزله
ولايدرى اين وضعه ومات يضمن الا اذا قال القاضى حال حيوته ضاع اوانفقته عليه لايضمن
كما فى البزازية وذكر محمد فى كتاب شركة الاصل مسئلة رابعة وهى ان احد المتفاوضين اذا
مات ولم يبين المال الذى كان فى يده لم يضمن نصيب شريكه كما فى المنح نقلا عن تهذيب
الواقعات للحسام الشهيد وهكذا فى الولوالجية ولكن قال فى فتاوى قاضيخان واما احد المتفاوضين
اذا كان المال عنده ولم يبين حال المال الذى كان عنده فمات ذكر بعض الفقهاء انه لايضمن
واحاله الى شركة الاصل وذلك غلط بل الصحيح انه يضمن نصيب صاحبه انتهى والكمال
ابن الهمام قال فى كتاب الشركة الامين اذا مات مجهلا يضمن الا فى ثلث وجعل عدم ضمان
المفاوض منها ثم صرح فى كتاب الوقف بان المستثنى ثلث وسكت عن ضمان المفاوض واورد
بدله غيره فيلفق اقول من الله التوفيق غاية التلفيق الحمل على اختلاف الروايتين ولكن يدفعه تغليط
قاضيخان عدم الضمان وبصحح ضمان نصيب صاحبه ويدل عليه مانصه فى القنية مات احد
المتفاوضين ومال الشركة ديون على الناس ولم يبين ذلك بل مات مجهلا يضمن كما لو مات مجهلا
للعين انتهى فظهر ان هذا هو المذهب وعليه سكوت المصنف رحمه الله تعالى عن استثناء
هذه المسئلة تبصر كما لا يخفى (قوله وعياله) اراد به من يثق به فى ماله او اراد به هؤلاء ومن
فى حكمهم فيشمل الوكيل والشريك مفاوضة وعنانا بل المراد من يحفظها على الوجه الذى
يحفظ مال نفسه كما فى التحفة ولايجوز دفعها الى من لم يكن امينا وان كان فى عياله كما فى الذخيرة
وعليه الفتوى كما فى النهاية (قوله ووالده ووالدته) الموافق لما فى الشروح وولده ووالديه فيشمل
الاول الولد الصغير القادر على الحفظ والكبير الساكن معه والثانى الاب والام بل الجد والجدة
(قوله واجيره) اى مشاهرة ومسانهة لامياومة كما فى البرجندى (قوله الا اذا خاف حرقا) اى غالبا
احاط بمنزل المودع اما اذا لم يكن محيطا يضمن بالدفع الى الاجنبى قال به خواهرزاده فى كتاب الصلح
وذكر فى النوازل امرأة حضرها الوفاة وعندها وديعة فدفعها الى جارتها فهلكت عندها ان لم يكن
وقت وفاتها بحضرتها احد من عيالها لايضمن كذا فى الخلاصة قلت قيد المرأة وقع اتفاقا كما لايخفى
واعلم انه اذا دفع الى الاجنبى لاجل الحريق فاذا ارتفع ذلك ولم يستردها حتى هلكت قال صاحب
المحيط يضمن وقال الامام قاضيخان لايضمن كما فى الفصول العمادية قلت قيد الحريق اتفاقى ايضا
(قوله ولايصدق عليه الا ببينة) وفى الخلاصة اذا علم انه وقع حريق ببيته قبل قوله والا لا انتهى
اقول يعنى قبل قوله مع اليمين (قوله اذا طلب بها او وكيله بخلاف رسوله) فانه لو منعها منه

لم يضمن فى ظاهر الرواية كمنعه بعد قوله من جاءك بعلامة كذا فادفعها له فجاء بها ولم يصدقه لاحتمال انها للغير الا ان يبرهن انها له كما فى الخلاصة وغيره واشار بالمنع الى انه لوقال احمل الى وديعتى اليوم فقال نعم ولم يحمل اليه حتى مضى اليوم وهلكت اليوم لايضمن لان مؤنة الرد ليست عليه كما فيها واشار بالقدرة على تسليمها ان كان له عذر كضيق الوقت اوطلب سيف وديعة ليضرب به رجلا ظلما فمنعها لم يضمن كما فى الخانية وغيره (قوله فلبس ثوبها) اوجعل خاتم الوديعة فى الخنصر اوالبنصر يضمن وان جعله فى الوسطى اوالسبابة اوالابهام لايضمن وعليه الفتوى هذا اذا كان المودع رجلا ولوكان امرأة ففى اى اصبع لبسته كانت ضامنة لان اصابعها كلها موضع الزينة كما فى الذخيرة (قوله اوانفق بعضها) هذا اذا لم يضره التبعيض بان كانت الوديعة دراهم اودنانير اوشيئا من المكيل والموزون فصاركما لوكانت وديعتين فانفق احديهما لايكون ضامنا للاخرى كما فى المنبع (قوله ضمن ما انفق منها) هذا بالاجماع وقوله ولم يضمن كلها هذا على خلاف بيننا وبين مالك والشافعى وعندهما يضمن الباقى ايضا لوهلكت وعلى هذا الخلاف ما اذا حل المودع شد كيس الوديعة اوفتح قفل صندوقها ولم يأخذ منه شيئا ثم هلك كما فى المنبع (قوله اوخلط مثله قيد به لانه اذا اخذ بعض الوديعة للانفاق فرده الى موضعه ثم ضاعت الكل فلا ضمان عليه لوجهين الاول ان رفعه حفظ ونية الاتلاف ليس باتلاف فلايوجب الضمان والثانى انه وان صار ضامنا بالرفع) ولكنه عاد الى الوفاق برد العين الى مكانه ورجح صاحب النهاية الوجه الاخير بانه لو باعها وضمن قيمتها فقد نفذ البيع من جهته واستند ملكه الى وقت الرفع فلو لم يكن الرفع موجبا للضمان عليه قبل البيع والتسليم لم يستند ملكه الى ذلك الوقت والرواية محفوظة بان البيع نافذ فعرفنا ان الاوجه هو الطريق الثانى انتهى خلاصة عبارته اقول صرح فى الذخيرة ان نفاذ البيع انما هو فى ظاهر الرواية واما فى رواية ابن سماعة عن محمد انه لاينفذ بيعه فعلى هذه الرواية ترجيح الثانى يمنع بل يقتضى ترجيح الاول غاية النساوى وايضا ان الرفع يحتمل الحفظ والاخذ لنفسه ولا اعتبار للنية فاذا حصل بيع ونحوه من التصرفات تبين ان الاخذ لنفسه فيضمن واذا ردها الى مكانها تبين ان الرفع للحفظ فلا يضمن (قوله يعنى اذ طلبها) قيد بالطلب لانه لوسأل عن حال الوديعة فجحد ثم اقر فلا ضمان عليه واطلق المسئلة فشمل ما لو نقلها عن مكانها حال الجحود اولم ينقل ثم اقر بها فهلكت يضمن فى الوجهين كما فى العمادية نقلا عن المنتقى وهو اختيار اصحاب المتون وذكر فى الخانية عن الناطفى انه يضمن لو نقلها بعد الجحود عن الموضع الذى كان فيه حال الجحود فهلكت والا لم يضمن ولوقيل بوجوب الضمان فى الوجهين فله وجه ثم فى ترتيب المصنف هنا نوع حزازة لان قوله اوجحدها يقتضى أن يعطف على منع وعليه تصوير المسئلة ولكن الظاهر عطفه على طلب اوعلى ماعطف عليه وايضا ان فى عطف قوله اوتعدى ومابعده على طلب تفكيك الضمير وفى عطف قوله اوانفق اخلالا بحسب المعنى اذفيه ضمان البعض كما تداركه فى الشروح وفى غير ضمان الكل والحوالة على فهم المتعلم من غير قرينة فى المقام تعسف (قوله حتى لم يتميز) قيد به اذ لوامكن التميز كما فى خلط الجوز باللوز لم يوجب الضمان بالاجماع واراد بعدم التميز كون التميز متعذرا كما فى خلط الجنس بالجنس اوخلط الثمن بالسويق اومتعسرا كما فى خلط البر بالشعير وهو الصحيح كما فى البرجندى (قوله وان اختلطت به) الظاهر ان هذا الاختلاط

ان لايكون بصنع احد كما فى انشقاق الكيسين وانشقاق القوصرتين فاختلطت الدراهم بالدنانير والحنطة بالحنطة وهذا شركة اختلاط حتى لو هلك بعضها هلك من مالهما جميعا وتقسم الباقى بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما وانما قلت الظاهر الخ اذقد ذكر فى الخلاصة انه لوخلطهما اجنبى اومن فى عياله لايضمن المودع والضمان على الخالط صغيرا كان اوكبيرا اولايضمن ابوه لاجله انتهى (قوله زال الضمان الى قوله خلافا للشافعى) قال فى المنح الحاصل ان ههنا ثلث مسائل الوديعة والعارية والاجارة فعند الشافعى عوده الى الوفاق لايكون مبرئا عن الضمان فى الفصول الثلثة وعند زفر عوده الى الوفاق يكون مبرئا عن الضمان فيها على مقابلة مذهب الشافعى وعند علمائنا الثلثة بالتفصيل وهو سقوط الضمان فى الوديعة وعدم سقوطه فى الاجارة والعارية انتهى اطلق زوال الضمان ولكنه مقيد بان لايكون عازما على العود الى التعدى لما فى الظهيرية من انه لونزع ثوب وديعة ليلا وعزمه لبسه نهارا فسرق ليلاضمنه ولما فى الذخيرة من انه لو وضع طبق وديعة على رأس الجب فوقع فيه ان وضع على الاستعمال يضمن والا فلا وانت خبير بان ما فى الذخيرة اعم (قوله قيل هذا الخ) هذا رواية النوادر وقوله ومن المشايخ من قال الخ هذا ظاهر الرواية وقوله والقول الاول اشبه وهو رواية النوادر وقد سبق تحقيق فى كتاب الاجارة ان صاحب الهداية والكافى صححا ظاهر الرواية ورجحان لهذه الرواية وعليه كلام المصنف فى الاجارة وهنا خلافه (قوله ان امن اى الطريق) قيدبه لانه لوسافر بها على البحر فهلكت يضمن كما فى الخزانة وقوله ولم ينه عطف على امن وفسر النهى بالنهى عن السفر لانه لوعين مكان الحفظ ولم ينهه عن السفر فسافر بها فهلكت فان كان سفرا له بد منه يضمن وان لم يكن له منه بد ولكن امكن حفظها فى ذلك المكان بان يتركها فى واحد من عياله يضمن ايضا والافلا كما فى الشروح (قوله اودعاه مثليا) اطلقه فشمل مالوقالا حين الايداع لاتدفع لاحدنا ان جاءك اولم يقولا وقوله لم تدفع اشار به الى ان القاضى لم يأمره بدفع نصيبه اليه فى قول ابى حنيفة وماذهب اليه ابوحنيفة هنا قياس وما قالاه استحسان كما فى الذخيرة قلت ما قالاه من عدم الضمان كانه هو المختار لكونه هو الاستحسان بقى ان اطلاق المتون الضمان على الاطلاق ولكن ظاهر ما فى الخانية ان كلا منهما لولم يقل لاتدفع حتى نجتمع فدفع الى احدهما لم يضمن واذا قالا فدفع ضمن تدبر (قوله وضمن) اى نصفه اذ مع كله لانه متعد فى النصف هذا عند ابى حنيفة خلافا لهما كما فى الهداية وقول ابى حنيفة اقيس لان رضاه بامانة اثنين لايكون رضا بامانة واحد فاذا كان الحفظ مما يتأتى منهما عادة لايصير راضيا بحفظ احدهما للكل كما فى البيانية نقلا من المبسوط ولله در المصنف حيث لم يتعرض لخلافهما تنبيها على رجحان قول الامام (قوله كذا المرتهنان) وكذا المستبضعان والوصيان والعدلان فى الرهن كما فى الشروح (قوله بخلاف الدارين) اذ الدور تختلف فى الحفظ غالبا هذا اذا كانت الاخرى دونها فى الحرز ظاهر وعليه كلام المصنف فى الشرح واما اذا كانت الدار التى حفظ فيها مثل تلك اواحرز لايضمن كما فى شرح الطحاوى ويضمن على ما ذكره شيخ الاسلام خواهرزاده وعليه اطلاق المصنف فى المتن والجواب فى المصرين كالجواب فى الدارين قال فى المنح وكذا لوامره ان يضعها فى داره فى هذه القرية ونهاه عن يضعها فى داره فى قرية اخرى فهو على هذا التفصيل (قوله خلل ظاهر) اوكان البيت اوالصندوق المأمور بالحفظ فيه احرز من المنهى

عن الوضع فيه فحينئذ يضمن ايضا وذكر شيخ الاسلام خواهر زاده انه يضمن بالحفظ المنهى
عنه مطلقا كما فى الظهيرية وعليه كلام الذخيرة (قوله اودع المودع) اى آخر ممن ليس فى
عياله بغير اذن المالك من غير ضرورة هذا هو الظاهر وعلى ما حقق اودعها آخر ممن
لايثق به فى ماله بغير اذن المالك الخ تدبر (قوله فهلكت) قيد به لانه لو استهلكها الثانى خير
المالك فى التضمين فان ضمن الاول يرجع على الثانى لا العكس كما فى المقدسى (قوله ضمن الاول)
هذا اذا فارقه الثانى بالوديعة اما اذا لم يفارقه الثانى فهلك فى يده قبل المفارقة لا يضمن اتفاقا
كما فى البرجندى والذخيرة (قوله فكذلك فى الظاهر) عنوان الظاهر فى الرجوع وعنوان
الاشارة فى عدم الرجوع ايماء على ترجيح الرجوع وعليه تعبير المقدسى اقول ظاهر الحكاية
على انه الرواية وظاهر الظاهر عدمها فحينئذ ينعكس الترجيح وعليه تعبير العمادية (قوله
فكل ابهما) ولا بينهما بدأ القاضى بالتحليف له صح لتعذر الجمع ولا اولوية والاولى ان يقرع تطييبا
لقلوبهما ولنفى تهمة الميل كما فى الشروح (قوله ببذله) اى عند ابى حنيفة واقراره اى عندهما
وقوله كان ليس معه غيره حرف مخفف ساقط عن العمل وهو الاوجه او فعل والضمير المستكن
عائد الى كل منهما والجملة صفة لقوله كل منهما وقوله ليس معه غيره فى محل النصب على انه خبر كان
وقوله فيغرم ذلك اى النصفين اى كلا من النصفين (قوله عبدا محجورا) اطلقه فشمل المدبر
وام الولد بخلاف المكاتب فانه ليس بمحجور فيضمن للحال بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الاقراض
والاعارة والبيع والتسليم فى العبد والصبى وقيد بالحجر لانه لو كان مأذونا يضمن فى الحال اتفاقا كما فى المنبع
وقوله وضاع المودع اى الوديعة ولفظ ضاع قرينة عليها (قوله ضمن الاول فقط بعد العتق
وذكر فى الحصر والمختلف ناقلا عن الجامع الكبير وله ان يضمن الثانى فى الحال لان المالك
لم يسلط ولم يرض بقبضه فيضمن بفعله لانه مؤاخذ بافعاله فى حال الرق وما ذكر فى المتن هو
المذكور فى الجامع الكبير لفخر الاسلام وشمس الائمة والعتابى وهو المعمول عليه وهو الصحيح
كما فى المنبع (قوله فلا ضمان عليه) هذا كله عند الامام واما عند ابى يوسف فللمالك ان يضمن
اى واحد من الثلاث فى الحال وعند محمد لا ضمان على الاول قبل العتق كما قال به ابو حنيفة
وله ان يضمن الثانى والثالث فى الحال وباقى التفصيل فى الشروح

﴿ كتاب الرهن ﴾

(قوله حبس المال) اشار باطلاقه كونه مالا عند الراهن والمرتهن جميعا فانه لو رهن المسلم خمرا من
الذمى لا يصح الرهن وان كان مالا عنده كما فى البرجندى وبه يظهر حسن تفسير المصنف فى الاحتراز
والمدبر وان كان مالا فى الجملة بالنسبة الى الراهن وانه غير مال بالنسبة الى المرتهن كما لايخفى
واراد بحبسه حبسه باذن الراهن بقرينة قوله فيما بعد ينعقد بايجاب وقبول فان هذا الحبس
انما يكون بعد العقد (قوله اخذه) اى الحق كله او بعضه وهو المراد اذ الرهن قد يكون اقل
قيمته من الدين (قوله او ظاهرا فقط) ولم يذكر وجوب الدين باطنا فقط لان الرهن لم يصح
به لعدم وجوبه ظاهرا الا انه لو قبضه بدين ثابت فى الباطن يكون مضمونا عليه كما فى الصحيح
كما ستطلع عليه ان شاء الله تعالى (قوله فانه يصح) تفصيل لقوله ظاهرا فقط وتمثيل له وقوله
وان استحق الضمير المستكن فيه راجع الى كل واحد من عبد وحر الخ وقوله او وجد الخ نشر
على ترتيب اللف الا ان قوله او وجد حرا بناء على ظاهر الرواية كما صرح به فى الهداية وغير ظاهر
الرواية رهن الحر باطل لا يوجب ضمان المرتهن وتمام تحقيقه فى الخانية وقوله كما سيأتى اى
فى اواسط باب ما يصح رهنه بعد بيان تحقيق وجه التسمية بقوله اعلم ان الاعيان ثلثة اقسام

الخ (قوله بايجاب وقبول كما فى الهبة) ظاهره على انه لاينعقد غير لازم الا بهما كما ان انعقاد الهبة كذلك فيكونان ركنى الرهن واليه اشير فى المحيط فى كتاب الايمان حيث قال الرهن بدون القبول ليس برهن حتى لو حلف لايرهن لايحنث بدون القبول قال فى المنح هو الاصح واختار فى الهداية كون القبول شرطا لاركنا لانه عقد تبرع فيتم بالتبرع كالهبة اقول فى هذا التشبيه نوع مخالفة لماسبق فى كتاب الهبة حيث قال ثمه وتصح بالايجاب والقبول والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول انتهى ظاهره على انهما ركنان كما فى سائر العقود وايضا ان عقد الرهن ليس عقد تبرع من كل وجه بل فيه معنى المعاوضة حيث صار المرتهن مستوفيا لدينه عند هلاك الرهن فى يده فان هذا الاستيفاء يتوقف على قبوله وذا يقتضى كونه ركنا لاشرطا كما لايخفى (قوله محوزا) اى مجموعا احترازا الخ ماذكره المصنف من المحترزات بالقيود الثلثة صرح به فى المجتبى ومثله فى النهاية والبدرية وماورده المصنف بقوله لامااقبل الخ صرح به فى الكافى ومثله فى الجلالية والزيلعى والمقدسى ورجوع القولين الى معنى واحد وهو تحقيق القبض على التمام والكمال والدوام كما فى المنح بقى ان قوله محوزا يقتضى معلوميته فيكون احترازا عن رهن المجهول وهو ماذكره المصنف وما اذا دفع الى رجل ثوبين وقال ايهما شئت رهن بدينك فانه باطل حتى لوضاعا جميعا لم يكن عليه شئ ودينه على حاله صرح به فى الخانية (قوله والتخلية فيه قبض) اى تخلية الراهن الرهن فى حق الراهن قبض للمرتهن لم يقل تسليم مع انه يرى موافقا بحسب الظ لان القبض اوفق من حيث ان الحكم انما يترتب على قبضه فظهر ان لاوجه لتخطئة الزيلعى كون التخلية قبضا ومن ذلك قال المص فلاوجه الخ وسلب الوجه على سبيل الاستغراق بناء على تخطئة اثبات القبض مع انها وفق الخ لاثبات التسليم تدبر (قوله اعترض على القوم الخ) الاعتراض للقاضى بدر الدين فى تسهيله حاصله انه ينبغى ان يراعى حقيقة القبض فى الرهن ولا يكتفى بالتخلية كما يكتفى بها فى الهبة والبيع (قوله اقول المنصوص الخ) اقول فيه بحث لانا لانسلم الفرق بين المنصوص مستقلا وبينه تبعا فى افادة ان يراعى وجوده على اكمل الجهات فان الكلام اذا دار على قيد يتوجه الحكم نفيا او اثباتا عليه من غير فرق صرح به الشيخ فى دلائل الايجاز وايضا صرح الفقهاء فى الاصول والفروع بالاعتبار فى الكلام لقيد المطلق مطلقا ولتخصيص العام بمستقل وغير مستقل من غير تفرقة ولم يقل احد بالفرق بين المنصوص التبع فى ان احدهما اقوى فى الاعتبار عن الاخر كما لايخفى على من تدرب وقوله فان التراضى فى البيع الخ حاصله ان بين المنصوص مستقلا وبينه تبعا فرقا ولذلك لم يبطل بيع المكره وان كان التراضى منصوصا عليه لكونه منصوصا تبعا اقول فيه بحث ايضا لان للمعترض ان يعود ويقول ان لى اعتراضا ثمه ايضا وهو انه ينبغى ان يكون بيع المكره فاسدا وان لا يكفى الرضاء اللاحق هذا بل الصحيح فى الجواب عنه ان المراد بالقبض اثبات يد الاستيفاء وحقيقته كما يثبت بالتسليم يثبت بالتخلية لانه غاية مايقدر عليه الراهن والقبض فعل غيره فلا يكلف به فظهر ان لا نقصان للتخلية فى كونها يد استيفاء فى حق المرتهن اذا وجدت بحضرته نعم ان المنصوص معتنى بشانه فيراعى وجوده على اكمل الجهات والقبض الكامل فى الرهن وهو اثبات يد الاستيفاء كاملا انما يحصل بان يكون الراهن محوزا مفرغا متميزا وقد روعى ذلك فلا اشكال اصلا وقد روعى ايضا ذلك المعنى فى البيع بحيث انه اذا لم يوجد الرضاء ولو لاحقا فسد ولم يبطل لان ركن البيع وهو الايجاب والقبول قد صدر

من اهله فى مبيع محل فروعى هذا النص حتى توقف منتهيا بالصحة عند وجود الرضاء او بالفساد
عند عدمه اذقد صرحوا بان بيع المكره عندنا منعقد فاسدا اما انعقاده فلوجود حقيقة البيع
وهى المبادلة واما فساده فلعدم الشرط المنصوص وهو الرضاء طبعا ولما كان فساده لحق
العبد وهو لزوم الرضاء توقف العقد ان اجاز المكره صار صحيحا والا فاسدا فهذا فظهر ان ما قاله من انه
لولم يتنوع المنصوص عليه لكان بيع المكره باطلا لا فاسدا ممنوع بان فساده لم يكن من تنوع المنصوص
عليه بل من انعدام الشرط وان عدم بطلانه من وجود الركن كما لا يخفى هذا ما سنح بالبال فى توجيه
هذا المقام (قوله كما سيأتى) اى فى باب الاكراه وقد سبق فى اول كتاب البيع (قوله حتى لم يجعله
مضمونا) فلا يسقط شئ من الدين بهلاكه وبه قال مالك وايضا ان الرهن وثيقة بالدين فلو سقط
بهلاكه لانقلب التوثيق الى خلاف ما اقتضاه وهو الصيانة عن التوى كما فى الشروح وقوله
يد استيفاء وهو ثبوت ملك اليد والحبس وقوله لان الاستيفاء يحصل من المالية الخ اذ لصاحب
الحق قبل عقد الرهن حقان وجوب وهو يختص بالذمة واستيفاء وهو يختص بالمال وعقد
الرهن يختص بالمال دون الذمة فيثبت بهذا العقد يد استيفاء فى الجملة من المال وقوله كما ذهب
اى الشافعى وقوله كالكيس يعنى ان المديون لو جعل خمسة عشر درهما فى كيس ودفعه الى
الداين ليستوفى دينه العشرة منه يكون امينا فى الزيادة وقوله ولهذا اى ولكونه امينا فى العين
(قوله وقد وقع فى نسخ الوقاية منكرا) كما وقع فى بعض نسخ القدورى قال صاحب النهاية
وهو خطأ واعتبر هذا بقول الرجل مررت باعلم من زيد وعمرو يكون الاعلم غيرهما ولو قال بالاعلم
منهما يكون الاعلم واحد منهما وكلمة من للتمييز انتهى والمراد هنا كون الاقل واحدا من قيمته
والدين لا يكون الاقل غيرهما (قوله بدعوى الهلاك) اطلقه فشمل ما لو هلك شئ معه اولا كما
فى شروح المجمع والمراد ضمان الكل بالمثل لو مثليا وبالقيمة لو قيميا حاصله لا يكون الفضل
امانة ولا يبرأ عن الضمان بالحلف على عدم التعدى والتقصير اقرل ولكن ينبغى ان يحلف الراهن
بانه ما علم انه هلك لو لم يقم المرتهن البينة على هلاكه وطلب حلفه (قوله ضمن ان لم يقم البينة عليه)
قيد الضمان به لانه لو اقامها لم يضمن اى الفضل قيل ان هى وصلية بتقصير الواو فيعطف على
ما مقدر مثبت اقول فيه بحث من الوجهين الاول ان الوصلية انما يستعمل حيث يكون ضد الشرط
اولى بالاستلزام للجزاء كقولك اكرمك وان اهنتنى فاكرام المتكلم عند اهانة المخاطب يستلزم ان اكرامه
عند عدم الاهانة يكون بالطريق الاولى صرح به فى محله وهنا ليس كذلك والثانى ما
ذكره من تقدير المعطوف عليه فى ان الوصلية مذهب الجزرى اما عند الجمهور فان الوصلية مخرجه
عن حقيقة الشرط ولذلك لم يجئ له جزاء ولم يقدر لها معطوف عليه ولم تنفك عن الواو الحالية
اكثريا وقل بدونها كقوله * فيا وطنى ان فاتنى بكر سابق * من الدهر فلينعم لساكنك البال (قوله
والحبس جزاء الظلم وهو المطل) اى تأخير اداء الدين مع قدرته على الاداء (قوله لا يبطل
بمجرد الفسخ) اى بالمناقضة قولا حتى لا يكون للراهن حق الاخذ بغير رضى المرتهن بعد المناقضة
كما قبلها فصار وجود هذه المناقضة وعدمها سواء (قوله فانه يبقى مضمونا) تفريع على قوله لا يبطل
بمجرد الفسخ قال فى العمادية المقبوض فى يد المرتهن بعد الفسخ ايضاء مضمون بالاقل من قيمته ومن
الدين لان الرهن لا يبطل بالتفاسخ قبل الرد (قوله او يبرأه) هكذا فى النسخ من برأ يبرأ والصواب يبرئه
من الابراء (قوله ما بقى القبض والدين) يعنى معا اما لو بقى احدهما لا يبقى مضمونا لان ثبوت الرهن
بهما فلا يبقى مضمونا باحدهما كما فى النهاية فاورده على وجه العارية لا على وجه الفسخ لا يبطل

الرهن كما في المنبع (قوله لا الانتفاع به) اى لا يجوز للمرتهن الانتفاع هذا هو مقتضى السباق والسياق ولكن عمم في الشرح بناء على عموم اللفظ وواقع الحال الان بين انتفاعهما فرقا وهو ان انتفاع المرتهن بالرهن لا يجوز اجماعا الا باذن الراهن بخلاف انتفاع الراهن به فانه يجوز عند الشافعي سوى الوطئ فانه ممنوع اجماعا ايضا كما في الحقايق والمصفى وغيرهما (قوله ولم يبطل به) حتى لو عاد الى الوفاق صار رهنا كما كان ويبرأ من الضمان اما بدون العود اليه فهو غصب كما في العمادية (قوله امر باحضار الرهن) سواء ادعى الراهن الهلاك اولم يدعه وتخصيص الامر بالاحضار بانه لو ادعاه مخالف لما نصه حافظ الدين وغيره وتمام تحقيقه في تحفة الفوائد (قوله لان هلاكه محتمل) يعني قبل قبض المرتهن دينه او بعد قبضه قبل ان يرده الى الراهن فيفضي في كلا الحالين الى تكرار الاستيفاء كما في بعض الشروح (قوله ليتعين) تعليل لقوله سلم لا لقوله احضر تدبر (قوله لا النقل من مكان الى مكان) لان مؤنة الرد على الراهن كما في الخلاصة وذكر شيخ الاسلام علاء الدين في شرح الجامع ان مؤنة رد المرهون على المرتهن كما في العمادية وانت خبير بان مؤنة رد المرهون ان يكون على المرتهن يقتضي الامر بالاحضار فليلفق بينهما كما لا يخفى (قوله ان يحلفه) ولو نكل المرتهن لم يجبر الراهن على قضاء الدين كما في الخانية (قوله لا يكلف احضار رهن) ولكن ان ادعى الراهن هلاكه في يد عدل حلف المرتهن على علمه فان حلف يجبر الراهن على قضاء الدين وان نكل لم يجبر اما لو جحد المودع الرهن بان ادعى انه ماله فلا يرجع المرتهن بشئ على الراهن حتى يثبت انه رهن وديعة عنده لانه بجحده توى المال والتوى على المرتهن كما في الخانية والتبيين (قوله باعه المرتهن بامره) ولو الى اجل متعارف حتى لو نهاه عن البيع بالنسيئة لم يصح النهي بخلاف سائر الوكلاء والتفصيل في الغاية (قوله حتى يقبض البقية من الدين قل اوكثر ولو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لحصول الاستيفاء بقبضه السابق كما في الشروح (قوله ويحفظه بنفسه وعياله) قد سبق التفصيل في كتاب الوديعة (قوله في خنصره) اطلقه فشمل ما لو جعل فصه الى باطن الكف قال بعض المشايخ لا يكون استعمالا وقال شيخ الاسلام يكون استعمالا وعليه الفتوى قيد بالخنصر لانه لو جعله في اصبع آخر ولو كان بنصرا لا يضمن وهو الاصح كما في الظهيرية هذا اذا لم يأذن به ما لو اذن له ان يجعله في الخنصر فهلك يهلك امانة وان نزع منه فهلك يهلك بالدين وكذا اذا رهن ثوبا واذن له باللبس اودابة واذن له بالركوب كما في الخلاصة اطلق المسئلة فشمل كون المرتهن رجلا اوامرأة ولكن في بعض نسخ الفتاوى هذا اذا كان المرتهن رجلا اما لو كانت امرأة ضمنت في اى اصبع كان كما في الخلاصة واورد الزيلعي في التبيين هذا التفريق على ان يكون المذهب فيكون اطلاق المصنف مقيدا بكونه رجلا كما لا يخفى (قوله وكذا مداواة القروح) ومعالجة الامراض وفي الذخيرة من المشايخ من قال ما كان من الامراض حادثا عند الراهن يجب عليه وما حدث عند المرتهن يجب عليه ومنهم من قال انه على المرتهن على كل حال انتهى (قوله كنفقة الرهن) ومن هذا لو رهن دابة وقفيز شعير عند رجل فاكلت الشعير لا يسقط من الدين شئ بخلاف ما لو باع عبدا برغيف بعينهما ولم يتقابضا حتى اكل العبد الرغيف صار البايع مستوفيا للثمن والفرق ان طعام المبيع على البايع مادام في يده فصار مستوفيا وطعام المرهون على الراهن دون المرتهن فلا يصير مستوفيا كما في الفتاوى الكبرى (قوله الا ان يأمر به القاضي) ويجعله دينا على الراهن لا بمجرد امره كما في الملتقط وعليه اكثر المشايخ لان الامر متردد

بين الامر حسبة و بين الامر ايكون دينا عليه والادنى اولى مالم ينص على الاعلى قال المقدسي
اذا لم يكن فى البلدة قاض اوكان من قضاة الجور لايصدق المرتهن على النفقة الا ببينة كذا
قاله محمد انتهى

﴿ باب مايصح رهنه و الرهن به اولا ﴾

لما ذكر اجمالا ما يصح ارتهانه و الارتهان به ومالايصح ذكر فى هذا الباب تفصيل كل منها اذ هو انما يكون
بعد الاجمال (قوله لكونها محل الاستيفاء فكانت محلا للرهن) هكذا فى عامة الشروح ومافى
التبيين من العبارة لامكان الاستيفاء منها فقد عدل عنها المصنف لايهام ضعف الاستيفاء
منها وليس كذلك لان كلا منها محل لاستيفاء بلافتور فيكون مافى الشروح وهو الاظهر (قوله
بمثلها من الدين ومن للتبعيض فيختص بصورة كون الدين زائدا على الرهن فاذا علم الحكم
فيها يعلم فى صورة المساواة صورة الزيادة على الدين لما عرف ان الفضل امانة ويحتمل ان
يكون للبيان فيعم الصور الثلاث اذ الدين كما يطلق على الكل يطلق على البعض فالمثل
سواء كان عبارة عن مجموع الدين او عن بعضه يصح بيانه بالدين (قوله ولا للقيمة) هذا عند
ابى حنيفة اما عندهما يعتبر قيمته لاقدره فيقوم بخلاف الجنس ويكون رهنا مكانه كما فى صدر
الشريعة و باقى التفصيل فى الكافى (قوله والفضل للراهن فيهلك امانة) هذا هو المراد ولكن
اللايق ان يقال والفضل هلك امانة كما لايخفى (قوله لا) اى لايصح رهن مشاع اراد بعدم
الصحة الفساد لا البطلان لما فى الذخيرة والمغنى من ان رهن المشاع فاسد وان حكم الرهن
الجائز و الفاسد جميعا واحد حتى اذا هلك فى يد المرتهن او العدل ينظر الى قيمته يوم القبض
والى الدين فان تساويا سقط الدين وكذا اذا كان الرهن اكثر والفضل امانة وان قل سقط
من الدين قدره وذكر الطحاوى عن الكرخى ان المقبوض بحكم الرهن الفاسد لايكون مضمونا
وصحح الاول كما فى المنبع وذكر فيه ايضا ان المقبوض بحكم الرهن الباطل لايتعلق به الضمان
وذكر فى البدائع نقلا عن الجامع الكبير ان الرهن لوكان محلا للرهن الصحيح فنسد لمعنى فى غيره
يكون مضمونا و ماليس بمحل لذلك لمعنى فى المرهون لايكون مضمونا بالرهن بل يكون امانة
فرهن المشاع من قبيل الاول ورهن الحر ونحو المدبر من قبيل الثانى (قوله والطارى كالمقارن)
ولو استحق بعضه ان كان الثانى يجوز ابتداء رهنه وحده بان كان معينا لامشاعا و نحوه جاز
كما فى المقدسى (قوله فالاصل ان المرهون) وذكر فى شرح الطحاوى اذا فصل احدهما من
صاحبه وسلمه اليه مفصولا اوامر المرتهن بالفصل و القبض صح و ذكر فى الشروح انه لو
رهن الشجر بموضعه من الارض جاز وكذا لو رهن شجرا فيه ثمر ولم يسمه دخل فيه تصحيحا للعقد
بخلاف البيع و فى الخانية رهن دارا بها متاع الراهن ان يودع ما فيها او نحوها اولا ثم يسلمها
(قوله وعدم جواز بيع ما سواه) عدل عم فى الهداية من قوله وقيام المانع فى الباقين لما ان المراد
من المانع عدم جواز البيع فيكون كلام المصنف اظهر فظهر ان من عكس الاظهرية
لم يصب (قوله متعلق بقوله رهن حر) فيه بحث لان المتبادر مقتضى قوله ولايضمن له مرتهنها
ان يتعلق لايصح المقدر بحكم العطف فى قوله وخمر وفى قوله وارتهانها على سبيل التنازع وان
يرجع ضمير ارتهانها الى الخمر فقط فيكون تقدير الكلام ولايصح لمسلم ان يرهن خمرا مطلقا
يعنى سواء كان لمسلم او الذمى كما هو الحكم فى المعطوف عليها كلها ولايصح له ارتهانها
من كل منهما لا انه متعلق برهن خمر و ارتهانها اذ حينئذ كان الظاهر ان يقال
ورهن المسلم خمرا وارتهانه اياها ولانه متعلق برهن حر الخ لما ذكر ولعدم معنى تقييد عدم صحة

رهن الحر وامثاله بكونها المسلم وقيد عدم الصحة فى الصورتين بقوله المسلم لانه لوكان الراهن والمرتهن كلاهما ذميان فالعقد صحيح ولوكان احدهما ذميا فالعقد غير صحيح ايضا الا انه اذا كان المرتهن مسلما وهلك الرهن يضمن بالاقل من قيمته ومن الدين للذمى كما فى الصحيح واذا كان ذميا يحصل له الاستيثاق لان الخمر مال عنده وان لم يضمنه لوهلك فظهر الفرق بين كون الراهن او المرتهن بخمر مسلما وذميا بخلاف الصور السابقة اذ لا فرق فيها بين كون كل منهما مسلما او ذميا كما فى الشروح (قوله ولا يصح ايضا بامانات) ادخل الباء فى المعطوف اشارة الى ان هذا شروع فى ذكر ما لا يجوز الرهن به بعد ذكر ما لا يجوز رهنه اى ولا يصح الرهن فى مقابلة الامانات الخ ثم لو اخذه ليس له ان يحبسه رهنا بها فلو هلك فى يده قبل الحبس هلك امانة و بعده يهلك مضمونا عليه كما فى شرح الطحاوى وهكذا صرح به الامام السرخسى (قوله ليصح الرهن بها) اللام فيه لام كى اى حتى يصح (قوله وليس فيه ضمان) اى ضمان يستوفى من البايع و انما اللازم من هلاكه بطلان البيع وسقوط الثمن هذا الذى ذكر على رواية الكرخى وهو المختار كما فى تنوير تلخيص الجامع وهو مختار المصنف وقال ابو الليث هذا خلاف رواية الاصل وهى صحة الرهن فى مقابلة المبيع وضمان الرهن بالاقل من قيمته ومن قيمة المبيع لوهلك الرهن وجه ظاهر الرواية ان الاستيفاء ههنا يحصل من حيث المعنى لان المبيع قبل القبض مضمون بالثمن فكان سقوطه عن المشترى كالعوض عن هلاك المبيع فيجعل مستوفيا مالية المبيع من الرهن من حيث المعنى فكان فى معنى المضمون بنفسه فيصح الرهن به انتهى وهكذا فى شرح الطحاوى والذخيرة والظهيرية واختاره فى الكبرى وعليه الفتوى كما فى المنصورية فظهر ان ما اختاره المصنف خلاف ما عليه الفتوى مع ان ظاهر الرواية يرجح على غير ظاهر الرواية عند اختلاف الترجيح (قوله والقوم يسمونه) اى المبيع فى يد البايع بالعين المضمونة بغير نفسها فلا يصح الرهن به بل يبطل فان هلك هلك بغير شئ هذا اذا هلك قبل الحبس اما لو هلك بعده هلك مضمونا عليه ضمان غصب كما فى الشروح (قوله فانه باطل) لان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل وجوب رد الثمن على البايع وكذا بعده حتى يحكم برده و بفسخ البيع لجواز امضاء البيع بخلاف الكفالة بالدرك لانها مما يجوز تعليقه بشرط ملايم اذ هى التزام مطالبة والتزام الافعال مضافا ومعلقا جائز كما فى الصلوة والصوم وايضا لا تمليك فيها بخلاف الرهن والتمليك لا يعلق كما فى المقدسى (قوله حل الدرك اولم يحل) من الحلول اى استحق المبيع اولا (قوله وثمن حر) وكذا ثمن خمر كلاهما زيادة من صاحب الكافى على ما فى الهداية وسائر المتون اطلقهما ولكنه مقيد بانه اشتراه مسلم من مسلم مع علمه بانه حر او خمر واعطاه رهنا بالثمن كما فى تنوير التلخيص وهو الموافق لما سيجئ من قوله وبثمن عبد او خل الخ وماسبق من قوله وفى عكسه الضمان هذا اذا لم يظهر خلافه اما اذا ظهر فانه قال الامام الحصيرى انه اذا باع مسلم من مسلم خمرا واخذ بالثمن رهنا فهلك الرهن عنده ثم ظهر انه خل لم يذكر ذلك فى الكتاب وقال القاضى الامام السغدى يكون مضمونا على المرتهن لانه قبضه بازاء دين ثابت فى الباطن فكان ذلك قبضا بجهة الايفاء من حيث الباطن فوجد سبب الضمان كما فى التنوير واقول وهكذا الحكم فى رهن بثمن حر وفروعه ثم ظهر انه قن وبثمن ميتة ثم ظهرت انها ذكية تدبر كما لا يخفى (قوله اوشفعة) بان رهن البايع او المشترى شيئا عند الشفيع بعد الطلب وقضاء القاضى بالشفعة ليسلم الدار اليه بها وقوله غير مضمون اى للشفيع على المشترى هذا اذا ادعى الشفعة عليه او على

البائع اذا ادعا هالكة (قوله كالمغصوب في يد الغاصب) وبدل الخلع في يد المرأة والمهر في يد الزوج وبدل الصلح عن دم العمد في يد العاقلة فان الرهن بها جائز بالاجماع كما في المنبع (قوله كالامانات) وهي الوديعة والعارية ومال المضاربة والبضاعة والشركة والمستأجر ونحوها فلا يجوز الرهن بها لانها ليست بمضمونة اصلا (قوله ويريدون الاعيان المضمونة في حد ذاتها) قلت نظيره ما في النحو من ان الاسم ما دل على معنى في نفسه اى في حد ذاته اى باعتبارها والحرف ما دل على معنى في غيره اى باعتبار غيره فدلالة الاول على مدلوله يكون بذاته وفي حد ذاته ودلالة الثاني يكون بغيره فههنا اى في النوع الثاني كون العين مضمونة انما هو باعتبار ذاتها وفي الثالث انما هو باعتبار اسقاط الثمن وهو غير العين المضمونة مثلا وقيمة وقوله مع قطع النظر عن العوارض وهي كونها وديعة اوعارية اونحوهما فعند عروضها عليها تخرج عن كونها مضمونة في حد ذاتها تدبر كما لا يخفى (قوله تعين المثل اوالقيمة الواجب الاصلي) رد المثل ورد القيمة مخلص عند الجمهور وللقيمة شبهة الوجوب عند غيرهم (قوله وثالثها عين ليست بمضمونة الخ) كون الاعيان على ثلثة اوجه عين غير مضمونة بنفسها وعين مضمونة بغيرها هي المذكورة في مبسوط السرخسي ثم الوجه الثالث عين غير مضمونة من وجه لان الضمان يقتضي الضمان بالمثل والقيمة ولا قائل بالثالث وذا منتف فيه ومضمونة من وجه لان الثمن يسقط من ذمة المشترى اذا لم يكن مقبوض البائع ويجب رده اذا كان مقبوضا ولا كلام ان الثمن يشبه القيمة وعليه ابتناء ظاهر الرواية في صحة الرهن به فعلى الوجه الاول اطلاق المضمون على هذا النوع يكون من قبيل المشاكلة وهو ذكر الشئ بلفظ غيره لوقوع ذلك الشئ في صحبة وعلى الثاني يصح اطلاقه عليه ولله در المصنف حيث راعى الوجهين في هذا النوع وقال ولكنها تشبه المضمونة وقال فكانه من قبيل المشاكلة من غير حسم في احدهما كما لا يخفى (قوله ولو موعودا) اى بالاقراض لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة فكان الرهن حاصلا بعد القرض حكما اذ الظاهر ان لا خلف فكان مفضيا الى الوجود غالبا كما في الشروح اطلق الموعود فشمل الصحيح والفاسد لما في جامع المحبوبي ان العبد التاجر اذا اخذ رهنا ليقرضه فهلك الرهن عنده فالعبد ضامن القيمة الرهن وان كان قرضه فاسدا لان العبد لا يمكن الاقراض انتهى (قوله فهلكه في يد المرتهن عليه) الهلك على وزن فعل بمعنى الهلاك والضمير المجرور عائد الى الرهن وهو مبتدأ وفي يد المرتهن متعلق به لا صفة له لانه معرفة بخلاف عبارة الوقاية حيث يحتملها وعليه خبر المبتدأ (قوله اذا لم يكن الدين اكثر الخ) هذا القيد وما افاده من التفصيل في الشرح هو المذكور في شرح الطحاوى وهذا معلوم مما سبق ان الرهن بالاقل مضمون من قيمته ومن الدين ولذلك اطلق في بعض المتون هذا اذا لم يعطه من الموعود شيئا اما اذا اعطاه بعض ذلك وامتنع عن اعطاء الباقي فهو رهن بذلك البعض لا بالجميع الموعود كما في الغنية (قوله فان هلك) اى قبل الافتراق هذا هو المراد تركه اعتمادا للفهم على التقابل بقوله وان افترقا الخ (قوله اى صار المرتهن وهو رب السلم) والعاقد الآخر عقد الصرف مستوفيا لدينه المسلم فيه وبدل ثمن الصرف هذا اذا كانت قيمة الرهن مساوية لرأس المال اوالثمن او اكثر اذ الفضل امانة كما في سائر الصور اما اذا كانت اقل فينبغي ان يصح السلم والصرف في حصة مقدار الفضل ان سلم قبل الافتراق كما في البرجندى (قوله لفوات القبض حقيقة) هذا هو الظاهر وحكما لان القبض الحكمي يكون بالهلاك وذا انما يكون هنا بالهلاك قبل التفرق ولم يوجد كما في الشروح (قوله

وبالمسلم فيه) اى ويصح ايضا بالمسلم فيه والضمير المستكن فى فيصير للمرتهن والضمير المجرور فى بيده للمسلم فيه وقوله فيجسد اى لقبض رأس المال وقوله يجب عليه اى رب السلم لان بهلاكه يكون مستوفيا المسلم فيه حكما ولو استوفاه حقيقة قبل الاقالة فتقايلا لزمه رد المستوفى واسترداد رأس المال فكذلك هنا كما فى الشروح (قوله والوصى كالاب) اى الوصى فى ذلك كالاب بعد موته وكذا الجد اب الاب اذا لم يكن الاب اووصى الاب لقيامه مقام الاب فى التصرف بحكم الولاية كما فى الكافى (قوله فالرهن مضمون) اى بالاقل من قيمته ومن الثمن لانه لما اخذه بجهة الرهن بالثمن كان بمنزلة مارهنه بالثمن الثابت حقيقة وثمة يكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الثمن فكذا هنا كما فى التنوير (قوله ان اقر) اى المرتهن ان لادين له على الراهن وهو المراد وهذا معلوم من السوق لايقتضى ذكر المرجع للضمير ومثله من ارباب المتون اكثر من ان يحصى كما لايخفى (قوله معينين صرح بانه حال عن قوله شيئا وكفيلا) ويجوز ان يكون صفة لهما لان وصف المتعدد المعطوف بعضه على بعض بعاطف هو لاحد الامرين كما يجوز افراده يجوز مطابقته صرح به فى موضعه اشار بهذا القيد الى انه لو لم يكن الرهن والكفيل معينين يفسد العقد ثم لصحة عقد الكفالة قيد آخر وهو كونه حاضرا فى المجلس اذ لو لم يحضر فيه ولو معينا يفسد ايضا وانما لم يذكره لان ذكر الكفيل هنا استطرادى فاكتفى بذكر قيد اشترك فيه مع مايقارنه ولذلك نبه عليه فى الشرح حيث قال فاذا كان الكفيل حاضرا معينا تدبر كما لايخفى (قوله متعلق بيعطى و برهن) على سبيل البدل وهو الظاهر فكانه ساقط من قلم الناسخ الاول (قوله فاذا كان الكفيل حاضرا الخ) وكذا لو كان غائبا فحضر فى المجلس اى قبل الافتراق فقبل اونقد المشترى الثمن حالا جاز البيع وكذا لو كان الرهن غير معين فعين فيه فقبل صح صرح الزيلعى وغيره (قوله وقد اعطاه شيئا غير المبيع) هذا اذا لم يكن مقبوض المشترى بخلاف مالو قبضه وقال له هكذا يكون رهنا من غير فرق كما فى النهاية نقلا عن الامام التمرتاشى (قوله وفيه خلاف زفر) وابى يوسف ايضا ولو زاد بدينك او بحقك او بمالك على فهو رهن بالاتفاق كما فى الشروح (قوله بدين لكل منهما) اطلقه فشمل مالو كانا شريكين فى ذلك الدين اولا ومالو كان دينهما من جنس واحد اولا كما فى المنبع (قوله ولا تنافى فيه) اى فى كون العين محبوسا بكل منهما اذ لاتضايق فى استحقاق الحبس فيكون محبوسا بحقهما و بحق كل واحد منهما فلا يضر فيه الشيوع وقوله وهو ينافى المقصود اى الانقسام ينافى ايجاب الملك لان هبة المشاع لايجوز (قوله مستوفيا حصته) اى قدر دينه من الرهن ان نصفا فنصف او ثلثا فثلث وليس احدهما اولى من الآخر فيقسم عليهما الا ان الاستيفاء مما يتجزى واو ادى الراهن دين احدهما فهلك الرهن عند الآخر يسترد مااعطاه كيلا يتكرر الاستيفاء فى حقه لبقاء الرهن رهنا فى حقهما مالم يصل الى الراهن كما فى المبسوط قلت هذا لو ساوت حصة دينه من الرهن دينه او كثرت اما لو كانت اقل من دينه فمقدار الفضل لايسترد كما لا يخفى (قوله رهنا من رجل رهنا) اطلقه فشمل مالو كان ذلك الرهن مالا مشتركا بينهما اولا لان الشيوع يمنع جواز الرهن اذا تمكن فى الرهن بان رهن نصف عبده مثلا بخلاف مااذا تمكن فى الملك فانه لايمنعه بان قالا رهنا منك هذا بمالك علينا من الدين ولم يقولا على ان نصيب كل واحد منا رهن بما عليه من الدين حتى صح الرهن صرح به فى الجامع الكبير والتفصيل فى تنوير تلخيصه (قوله بطل حجة كل من شخصين على ذى يد انه رهنه الخ)

يعنى قال كل منهما لذى اليد انك قد رهنتنى عبدك الذى فى يدك بالف درهم وقبضته منك
و برهن على ما ادعاه لايقضى لواحد منهما بشيء قيدنا فى التصوير بان ذا اليد هو المدعى
عليه لانه لوكان فى يد احدهما فهو اولى الا ان يقيم الآخر بينة انه الاول ويحتمل المتن
على ان يكون الرهن فى ايديهما وبرهن كل كذلك ولم يعلم الاول فهو باطل ايضا فكلا التصويرين
فى التعليل سواء هذا هو القياس وفى الاستحسان يقضى بينهما والمأخوذ هنا القياس كما فى عامة
الكتب ذكر فى الاصول ان هذه المسئلة من المسائل النادرة التى رجح فيها القياس على الاستحسان
بقوة اثره الباطن وذلك فى ست مسائل اوسبع على مانقله صاحب الكشف الكبير عن شيخه
ونص الامام الناطفى على انه فى احدى عشرة مسئلة نقلها السراج الهندى فى شرح المغنى
وقد وجدت مسئلة اخرى فى آخر بحث شرط فى حكم السبب حيث رجح القياس فيها
على الاستحسان ومسئلة اخرى على قول ابى حنيفة ومحمد فى مسائل شتى بعد السلم فى الهداية
وغيره قبض زيفا عن جيد الخ رجح القياس فيها ايضا ولعل المراد من التعداد ليس حصرها
فيما ذكر لان صاحب فتح الغفار نقل عن نجم الدين النسفى مسائل اخرى رجح فيها القياس
(قوله والرهن معهما) وكذلك لو لم يكن معهما والمسئلة على حالها وهذا القيد انما هو
للاحتراز عن ان يكون فى يد احدهما فانه يكون حينئذ هو الاولى وكذا اذا ارخا وكان تاريخ
احدهما اسبق يكون اولى كما فى الشروح

﴿ باب رهن يوضع عند عدل ﴾

لما فرغ من ذكر حكم الراهن والمرتهن شرع فى بيان حكم نائبهما وحكم النائب ابدا يعقب
حكم الاصل والمراد بالعدل من يجوز تصرفه ولهذا لو وضع الرهن على يد عدل صغير
او كبير لايعقل لم يكن رهنا اجماعا لانه لم يصح قبضه فلم يصر به رهنا كما هو فى المنبع (قوله وضعاه
عنده) وزاد فى النهاية والعناية عليه ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الاجل قيل هذا القيد
ليس بلازم فى العدل لما صرح به الحاكم الشهيد فى الكافى انه ليس للعدل بيع الرهن مالم يسلط
عليه لانه مأمور بالحفظ فحسب وهكذا فى الذخيرة ولكن قال فيه وعن ابى يوسف العدل
يجبر على البيع وان لم يكن مشروطا فى الرهن قلت هذه الزيادة فى الكتابين حينئذ يحتمل ان يكون
مبنية على هذه الرواية وقيل هذه الزيادة منهما بناء على ماهو الجارى بين الناس فيما هو الغالب
اقول قول المصنف فيما بعد وكله اوالعدل الخ صريح فى ان هذا القيد لم يعتبر فى العدل بل هو
اعم من ان رضيا ببيعه الرهن اولا كما لايخفى (قوله لانه مودع الرهن الخ) وظاهر التعليل
مشعر بانه لوكان احدهما ممن فى عيال العدل بل ممن يحفظه على الوجه الذى يحفظ مال
نفسه لايضمن بالدفع اليه تدبر ثم اذا كان العدل ضامنا قيمة الرهن بالدفع الى احدهما لايجعل
القيمة رهنا عنده بل الراهن والمرتهن يجتمعان ويقبضانها منه ويجعلانها رهنا فى يد
هذا العدل او فى يد عدل آخر وان تعذر اجتماعهما يرفع الحاضر الامر الى القاضى
فيأخذ القاضى القيمة ويجعلها كذلك كما فى الذخيرة وفيه تفصيل (قوله اى ان هلك الرهن
فى يد العدل) والمراد فى يد من يجوز دفعه اليه كما فى البرجندى (قوله فان شرط اى التوكيل) اى
شرطه الراهن ولم يسم لكونه متعينا معلوما لا للتعميم قيد به لانه لو لم يشترط فى عقد الرهن يملك
الراهن عزله هذا ظاهر الرواية وفى رواية ابى سليمان لايملك ذلك ايضا اختاره بعض المشايخ وهو
الصحيح كما فى الذخيرة (قوله لم ينعزل بالعزل) اى بعزل الراهن سواء كان المرتهن حاضرا
اولم يرض به المرتهن كما فى الفصول العمادية (قوله الابموت الوكيل) الاستثناء منقطع ولما لم يكن
موت الوكيل من قبيل الانعزال قدر له فعل يناسبه والتقدير ولكن ينتقض الوكالة بموته ومثل

هذا الاعتبار يوجد فى البلاغة كما فى علفته تبنا وماء باردا وقلدت سيفا ورمحا اى وسقيته ماء باردا وحملت رمحا فحمله على ركاكة فى العبارة غير جدير كما لا يخفى ثم لومات العدل وضعا على يد عدل آخر وان اختلفا وضعه القاضى فى يد عدل وليس للعدل الثانى ان يبيع الرهن وان كان الاول مسلطا على البيع كما فى المقدسى (قوله ولا وصيه مقامه) هكذا فى كثير من الكتب المعتبرة ولكن ذكر فى الذخيرة انه لو قال الراهن للوكيل فى اصل الوكالة اجزت لك ما صنعت فيه من شئ جاز حينئذ لوصيه بيعه ولا يجوز لوصيه ان يوصى الى ثالث به وفى رواية الحسن عن ابى حنيفة ان الوصى يملك بيعه مطلقا وفى رواية ابن مالك عن ابى يوسف كذلك انتهى خلاصة كلامه (قوله ويجبر اى الوكيل عليه) اى البيع اطلقه فشمل انه يجبر عليه سواء كان التسليط على البيع مشروطا فى الرهن او بعده الا ان السوق يقتضى الاول وهو مراد المصنف رحمه الله فيحمل عليه (قوله ان حل الاجل) اطلقه والمراد اجل الدين او اجل بيع الرهن لا اجل الرهن لان شرط الاجل فى الرهن يفسده صرح به فى القنية ثم هذا القيد يوهم ان لا يجوز البيع قبل حلوله وقد ذكر فى الخانية ولو رهن شيئا بدين مؤجل وسلط العدل على البيع مطلقا ولم يقل عند محل الدين للعدل ان يبيعه قبل ذلك انتهى (قوله فان لج بعدها الخ) وفى النهاية فان لج بعد حبس الايام يجبر الراهن على البيع فان ابى الراهن البيع ذكر فى الزيادات ان القاضى يبيعه انتهى ولم يفسد البيع بهذا الاجبار لانه اجبار بحق كما فى المنبع واطلق الوكيل فى المقبس والمقبس عليه فشمل وكيلا بطلب المدعى اولا ولكن المقبس عليه مقيد بان يكون وكيلا بطلب المدعى كما فى الكافى وغيره (قوله ولو وكل بالبيع مطلقا) ثم نهاه عن النسيئة لم يفد كذا فى الكافى وهكذا فى الهداية والذخيرة والمنبع وغيرها وكل ذكروا هذه المسئلة بعد مسئلة جبر الوكيل على البيع فظهر ان من قال لم نجده فى الكافى ولا فى غيره بل فى سائر الكتب ايضا مما عندنا على ان مساسة بالمحل غير ظاهر انتهى فرية بلا مرية وذكر فى الذخيرة اذا باع بنسيئة غير معهودة ينبغى ان يجوز عندهما قال القاضى الامام ابو على النسفى اذا وجب على الراهن ما يدل على النقد بان قال المرتهن يطالبنى بدينه ويؤذينى فبعه حتى اجومنه فباعه بالنسيئة لا يجوز كما لو قال لغيره بع عبدى فانى احتاج الى النفقة انتهى (قوله باعه) اى الرهن العدل اى المسلط على البيع فى عقد الرهن (قوله وان لم يقبض) اشار به الى ان كونه رهنا بعد القبض بالطريق الاولى وقوله فهلكه الخ متفرع على كون الثمن رهنا مطلقا اى هلكه قبل القبض بان مات المشترى مفلسا او بعد القبض فيسقط بقدره دين المرتهن ولا ينظر الى قيمته الرهن بل ينظر الى الثمن كما فى البرجندى (قوله عبد رهن) التركيب توصيفى او اضافى واضافته للبيان اى هو رهن (قوله فان اوفى ثمنه المرتهن) قيد به لما فى الظهيرية ان العدل لو باع الرهن ولم يسلم الثمن الى المرتهن حتى استحق او رد بعيب بقضاء لا يرجع على المرتهن انتهى اقول عدم الرجوع على المرتهن يشمل صورتى كونه هالكا وكونه قائما تدبر كما لا يخفى (قوله وصح البيع) اى بيع العدل والقبض اى قبض المرتهن الثمن يعنى استيفاءه دينه (قوله فلا يرجع المرتهن على العدل بدينه) الصواب على الراهن بقصد الصورة المقابلة (قوله اوضمن) اى العدل المرتهن ثمنه يعنى ان ساوى القيمة او كان الاقل منها وقدرها او اكثر منها و يرجع العدل بما يبلغ القيمة الى الراهن فى صورة كون الثمن اقل من القيمة كما لا يخفى وقوله فهو اى ذلك الثمن يعنى كله فى الصورتين الاوليين وقدر القيمة منه فى صورة كونه اكثر منها وقوله ورجع المرتهن على راهنه بدينه يعنى جميعا فى الاوليين و بما يبلغ قدر الدين فى صورة

كونه اكثر وهكذا الاعتبار فى قوله اورجع العدل على المرتهن الخ تدبر (قوله رجع به العدل على الراهن فقط) وهذا يؤيد قول من لايجبر هذا الوكيل على البيع قال السرخسى هذا ظاهر الرواية وبه اخذ بعض مشايخنا وتبعهم المصنف وقال بعض مشايخنا يجبر هذا ايضا واليه واشار محمد فى الكتاب قال شيخ الاسلام خواهرزاده وفخر الاسلام البزدوى والامام فخر الدين قاضيخان رحمة الله تعالى عليهم وهو الصحيح (قوله بالتسليم) متعلق بقوله متعد على تقدير كونه الراهن وقوله بالقبض متعلق به ايضا على تقدير ان يكون المتعدى المرتهن (قوله لانه ملكه) اى الراهن ملك المرهون باداء الضمان فيستند ملكه الى قبضه السابق على الرهن فصح الايفاء

﴿ باب التصرف والجناية فى الرهن ﴾

اخره لان كلا منهما بعد كونه رهنا والمراد بالجناية جناية عليه وعلى جنايته غيره فيشمل جناية غير الرهن على الرهن وجناية الرهن على غير الرهن وجناية الرهن على الرهن (قوله وقف بيع الراهن اى الرهن) اطلقه فشمل مايكون الرهن صحيحا اوفاسدا حتى لو باع الراهن الرهن المشاع لاينفذ على المرتهن فللمرتهن حق الحبس كما فى المحيط ولماسبق من الذخيرة ان صحيحه وفاسده فى مثل هذا الحكم سواء ويشمل ايضا ما اذا كان البيع مشروطا فى الرهن اولا وهو الصحيح كما فى الذخيرة وهذا كله اذا باعه وهو فى يد المرتهن اما اذا دفعه الى الراهن فباعه فقيل لا يبقى الرهن فلا يكون الثمن رهنا كما فى العمادية (قوله فيتوقف على اجازته ان اجاز المرتهن اوقضى الخ) هذا من قبيل اللف والنشر التقديرى كما سبق فى باب خيار العيب فيقدر قولنا اوقضاء دينه بعد قوله على اجازته بقرينة قوله فى النشر اوقضى دينه ومن نسى ماسبق عد اقتصار الذكر فى اللف على الاجازة قصورا وخلاف الصواب (قوله والثمن رهن) هذا انما هو بالنظر الى الصورة الاولى وانما لم يقدم على الصورة الثانية للامن عن الالتباس والتعميم لان الدين اذا قضى لم يبق محل لان يكون الثمن رهنا ومثل هذا لايعد مسامحة فيما كان الاختصار مطلوبا فيه كما لايخفى (قوله وصبر المشترى الخ) ذكر الامام البزدوى ان للمشترى الخيار سواء علم انه مرهون اولم يعلم وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابى يوسف العلم يمنع خياره وذكر الفضلى ان ظاهر الرواية قولهما كما فى المنصورية (قوله فلو اجازه الخ) هكذا فى الهداية ولفظ الكافى والمنبع فجاز البيع الاول ان اجازه وجاز البيع الثانى ان اجازه ولفظ شرح المقدسى فايهما اجاز لزم وبطل الآخر واشار بجواز الثانى الى ان الثمن يصير رهنا عند المرتهن كما فى اجازة الاول ويكون المرتهن اخص بالثمن من الغرماء لومات الراهن كما فى المنبع (قوله من غيره الى غير المشترى) قيد لكل من التصرفات الثلث (قوله فاجازها) اى هذه التصرفات الاربع يعنى اجاز البيع ثم واحدا من التصرفات الباقية كما هو المتبادر من كلمة او فى المرجع على انها ليست مانعة الجمع وهذا هو الموافق لظاهر الهداية وذكر فى الكافى والمنبع وغيرهما انه لو اجاز واحدا من الباقية دون البيع نفذ البيع لسبقه ويبطل البواقى وعللوا بان المرتهن اذا اجاز تصرف الراهن فان صلح ذلك حقا للمرتهن نفذ ما اجازه المرتهن وان لم يصلح حقا له بطل حق المرتهن والنفاذ يكون من جهة الراهن فينفذ التصرف السابق وان اجاز المرتهن اللاحق دون السابق هذا وانت خبير بان ماذكروا هو الاولى لان من نفاذ البيع بوجود الاجازة للاحق مع عدم الاجازة له يفهم ان نفاذه بوجود الاجازة له ايضا يكون بالطريق الاولى وعبارة المصنف لاتشمل صورة نفاذ البيع عند وجود الاجازة للاحق فقط ولاينعكس هذا بالطريق الاولى كما لايخفى قلت يظهر من هذا

التعليل انه لودفع اثنان من هذه التصرفات سوى البيع فاجازه الثانى نفذ الاول بخلاف البيع فانه لووقع ثانيا فاجازه نفذ دون الاول وانه لووقع واحد منهما ثم البيع فاجاز البيع نفذ البيع هذا مافهمه الفقير ولم ار من يصرح بالاخير فانظر ماذا ترى (قوله مع وجود الاجازة للكل) وقد عرفت ان التصرفات الثلثة لم تجز ايضا مع وجود الاجازة لها دون البيع وقوله والفرق مبتدأ خبره قوله ان للمرتهن الخ وقوله فزال المانع اى مانع النفوذ فنفذ البيع لسبقه ثم الثمن يكون رهنا لووقع اجازة المرتهن للبيع امالووقع نفوذه لاجازته من سائر التصرفات لم يكن رهنا لانه اسقط حقه فى الرهن باجازته لها هذا هو الظاهر من كلامهم ولم ار من يصرح به (قوله فلوكان الراهن موسرا) متفرع على صحة كل من الاعتاق والتدبير والاستيلاد ومن ظن انه متفرع على صحة الاعتاق فقط فقد قصر (قوله لتحقق سبب الضمان الخ) علة للاخذ وقوله وفائدة ناظر لجملها رهنا عطف على التحقق (قوله استوفى حقه) اى استوفى من تلك القيمة دينه اذا كانت من جنسه الخ قيد به لانه لوكانت من خلاف جنس الدين حبسها بالدين حتى يستوفى دينه (قوله فى الاقل من قيمته) اى قيمة العبد يوم الرهن وقيمته يوم العتق ومن الدين يعنى يسعى المعتق فى الاقل من هذه الاشياء الثلثة و يرجع المرتهن على الراهن ببقية الدين ان فضل على السعاية كما فى الشروح (قوله وفى اختيه) اى اختى العتق وقوله لان كسبهما ماله اى مال المولى بخلاف كسب المعتق فانه خالص حق نفسه وقيل اذا كان الدين مؤجلا يسعى المدبر فى قيمته كما فى الكافى وقيل اذا كان مؤجلا يسعيان فى قيمتهما قنا كما فى المقدسى (قوله ضمنه المرتهن) اشار به الى ان المرتهن هو الخصم فى التضمين كما فى الشروح (قوله اوقيمته يوم الاستهلاك) لواستهلكه المرتهن غرم القيمة يوم الاستهلاك ايضا لان الاعتبار لقيمة الرهن يوم الاستهلاك فى ضمان الاستهلاك وفى ضمان الرهن يوم القبض ثم ان كان الدين حالا وهى من جنسه يأخذ منهـا قدره ويرد الفضل على الراهن وان لم يكن من جنسه اوكان مؤجلا فالقيمة رهن فى يده حتى يستوفى او يحل الدين فاذا حل فالحكم على ما مر كما فى الشروح (قوله باذن صاحبه آخر) قوله آخر مفعول ثان لاعار والمراد به الاجنبى على ما يقتضيه قوله باذن صاحبه تدبر (قوله حالا) اى مادام الرهن عارية وقوله لمنافاة بين يدى العارية والرهن تعليل للسقوط واعترض عليه بان الرهن اذا وضع فى يد العدل لايسقط الضمان مع المنافاة بين يدى الايداع والرهن اقول يدفعه مافى الكفاية من الفرق بين ايداع بعد قبض المرتهن وايداع فى يد عدل ابتداء وهوان قبضه السابق ينتقض بالاول فلايكون مضمونا عليه حال كونه وديعة بخلاف يد العدل فان قبضه يقوم مقام قبض المرتهن فيصير الرهن مضمونا عليه هذا (قوله ولهذا) اى ولبقاء الرهن المستعار فى الرهنية وقوله ولكل منهما الخ متفرع على بقاء الرهن وعطف على جملة هلكه (قوله لان لكل منهما حقا للراهن فى الرقبة) و للمرتهن فى اليد محترما حيث لايبطل احدهما حق الآخر لبقاء العقد وانما الساقط هو الضمان حال العارية والضمان ليس من لوازم الرهن قطعا الخ فظهر ان الاليق لقوله والضمان الخ ان يذكر هنا كما وقع فى بعض الشروح والمصنف تبع فيه الزيلعى وقوله فيعود اى الرهن بصفته وهى الضمان (قوله باذن الآخر من اجنبى) كل منهما متعلق بكل من الافعال الثلثة السابقة (قوله واختار المالك تضمين الراهن) قيد به لانه لواختار تضمين المرتهن لايسقط الدين ويرجع بما ضمن على الراهن لان قبضه لما كان بتسليط الراهن جعل قبضه كقبضه كما فى القاعدية (قوله وان كان الرهن عارية)

حاصله العارية نوعان عارية بلا طلب كما فى هذه الصورة وعارية بطلب كما فى الصورة الثانية (قوله لعمل) قيد لكل من الصورتين كما ان قوله و فى طرفيه الى آخره كذلك (قوله وهو معلوم) اى ضمان الرهن معلوم وهو كونه مضمونا بالاقل من الدين ومن قيمته وقيدا الاذن والاستعارة فى الصورتين افادا ان استعماله بدون اذن الراهن لايجوز حتى لواستعمله وهلك يضمن قيمته يوم استعماله كما فى الفصول العمادية (قوله من قليل اوكثير) من اى جنس كان (قوله ليرجع عليه) اى المعير على المستعير بقدر الاكثر الذى رهن بمقابلته وهكذا المراد بقوله فلا يرجع عليه (قوله فان خالف) هذا اذا تقرر مخالفته باقرار المستعير الراهن او باقامة المعير البينة اما اذا لم يتقرر وقد اختلفا فيما عينه المعير فالقول للمعير مع اليمين كما فى الشروح (قوله ضمنه) اى المستعير تفسير للضمير المنصوب وفاعل ضمن الاسم الظاهر وهو المعير المضروب عليه الاحمر وليس فيه احتمال آخر حتى اشتبه المراد اذ المضمن اسم فاعل هو المعير لاغير وكلام المصنف اخصر واخف من قول صاحب الوقاية ضمن المعير مستعيره بوجهين تدبر (قوله اوضمن المعير المرتهن) اطلقه فشمل مالوعلم المرتهن مخالفة الراهن للمعير اولم يعلم وقوله فلانه مغرور من جهة الراهن اى بالتسليم (قوله وان وافق) اى الراهن المعير فيما عينه مماذكره هذا هو الموافق لماسبق فيكون توجيه شرح المصنف بان رهنه الخ اى مع اعارة تعيينه فى الجنس والمرتهن والبلد (قوله وهلك اى الرهن عند المرتهن) هذا الذى ذكره فى هلاك الكل امالوهلكت بعضه بان دخله عيب مثلا ذهب من الدين بحسابه ويضمن المعير بذلك القدر الراهن ذكره الزيلعى وغيره (قوله لوافتكه المعير) قيد به لانه لوافتكه الاجنبى فللمرتهن ان لايقبله ويمتنع عن التسليم كما فى الشروح واشار فى الشرح الى ان الافتكاك مجاز من قبيل ذكر المسبب وارادة السبب ثم اوافتك المستعار وله مؤنة حمل فؤنة رده على المعير كما فى الخانية وقيل على المستعير لان رد العارية على المستعير وهذا من جملة العوارى ورجح هذا فى الذخيرة وعليه الفتوى كما فى المنصورية (قوله لانه قضى دينه وهو مضطر فيه) استشكل الزيلعى فى انه اذا افتكه باكثر من قيمته لكون الدين اكثر فانه لايرجع بالزائد على القيمة مع انه مضطر فى تخليص الرهن الى دفع كل الدين فاللايق ان يثبت له حق الرجوع فى الزائد ايضا واجيب بان الضمان انما وجب على المستعير باعتبار ايفاء الدين من ملكه فكان الرجوع اليه بقدر مايتحقق به الايفاء (قوله ويرجع على الراهن بما ادى) لوقال بقدر مايسقط الدين به عند الهلاك لشمل صورة مساواة الدين القيمة وصورة زيادته منها وصورة قلته منها فحينئذ لاحاجة الى اعتبار ان وضع المسئلة فيما ساوى الدين القيمة انما هو للاحتراز عن صورة زيادته منها لانه لايرجع عليه بالزيادة وان كانت مما اداه مع ان هذه الصورة مشتركة مع الاولى فى جبر المرتهن على القبول وعدم الامتناع عن التسليم (قوله هلك اى الدين) هكذا فى النسخ التى رأيناها والصواب اى الرهن يعنى المستعار للرهن (قوله لايضمن) هذا اذا وافق المعير والمستعير الراهن اما اذا اختلفا فالقول للراهن مع يمينه وباقى التفصيل فى المنبع وغيره (قوله مضمونة) فيكون الضمان ضمان رهنا مكان الفائت (قوله تسقط من دينه بقدرها) اطلقه حوالة على الفهم والا فالسقوط اذا كان الضمان من جنس الدين على صفته من الجودة وغيرها واذا كان الدين حالا وباقى التفصيل من الشروح وقد سبق فى صورة الاتلاف ولافرق بين الاتلاف والجناية فى الحكم الا انها اخص اذهى فى اصطلاح الفقهاء اسم تقع على فعل فى النفس والطرف والاتلاف اعم منها يكون بالاستعمال وغيره (قوله

بان كانت الجناية خطأ حقيقة او حكما بان كانت شبه عمد كما فى المنبع (قوله واما مايوجب القصاص الخ) وجنايته عليهما فى حق القصاص وجنايته على الاجنبي سواء فاذا قتل قصاصا سقط الدين لانه هلاك حصل فى ضمان المرتهن فسقط دينه كما اذا هلك بنفسه كما فى المنبع (قوله فلاتفيد وجوب الضمان) اى له بقرينة قوله مع وجوب التخليص عليه هذا اذا جنى على نفس المرتهن اما اذا جنى على ماله فان لم يكن فى قيمته فضل على الدين فجنايته هدر بالاجماع وان فضلت فعن ابى حنيفة روايتان اعتبار الجناية بقدر الفضل وعدم اعتبارها وقيد المسئلة بالراهن والمرتهن اشارة الى ان جناية الرهن على ابن الراهن او على ابن المرتهن كالجناية على الاجنبي فى الصحيح فيدفع بها او يفدى كما فى الكافى وذكر فى شرح الطحاوى ان كون الجناية على المرتهن وعلى ماله هدرا اذا كان جميعه مضمونا بالدين بخلاف مالو كان فيه فضل فانها معتبرة فيهما اتفاقا فان اختار الدفع وقبله المرتهن سقط الدين والعبد كله للمرتهن وان اختار الفداء يوزع عليهما بحصتهما والعبد رهن على حاله انتهى خلاصة كلامه وعليه اطلاق كلام المصنف تدبر (قوله فصارت قيمته مائة) اى انقلبت اليها بنقصان السعر كما يظهر من شرحه (قوله فغرم مائة) اى مائة درهم وهكذا المراد بالالف الف درهم حتى لو كان هكذا فغرم دنانير لايسقط شئ من الدين لان الدنانير يصلح ان يكون خلفا عن كل قيمة العبد بخلاف مائة درهم فيفوت تسعمائة بلا خلف صرح به مفصلا فى تنوير تلخيص الجامع الكبير (قوله لان نقصان السعر لايوجب سقوط الدين) حتى لو لم يقتل ذلك العبد وحل الاجل لم تسقط شئ من الدين خلافا لزفر فانه يعتبر نقصان السعر بنقصان المالية والجواب عنه ماقاله المصنف لانه عبارة الخ (قوله فاذا كان باقيا) اى كان الرهن باقيا بتمامه وقوله صار مستوفيا اى بالهلاك (قوله اى باعه المرتهن العبد) اى العبد الموصوف بان يعدل الفا الخ اذ الضمير قد يعتبر فى مرجعه الوصف وقد لايعتبر وسياق كلامه قرينة على انه معتبر هنا (قوله لان الراهن اذا باعه صار) اخذ هذا الكلام من الكافى ولكن اوجز فى الاختصار حوالة على الفهم فالضمير المستكن فى اذا باعه عائد الى المرتهن والمراد باعه بامر الراهن والمستكن فى صار عائد الى الراهن والعامل واذا صار وباقى الكلام ظاهر والمراد بقدر ما استوفى هو المائة يعنى اذا استرده وباعه بمائة فدفعها الى المرتهن بطل الرهن وبقى الدين الاقدر مادفع فكذا الحكم فيما اذا باعه المرتهن بامره الخ هذا ماذكر فى الكافى وغيره وعليه كلام المصنف ايضا وتفكيك الضمير فى باعه لايقدح لقيام القرينة والاسلم ان يقال هكذا الانه اذا باعه بامره صار الراهن كانه الخ كما لايخفى (قوله لان العبد الباقى) والمناسب بقوله الاول ان يقال الثانى والانسب منهما ان يقال لان العبد المدفوع (قوله جنى خطأ) مسئلة مستقلة غير متفرعة على ماقبلها ولذلك فسرها وصورها بقوله يعنى الخ رعاية للسباق وان لم يكن معتبرا فى السياق وقوله ودينه مستغرق لرقبته تنوير للتصوير وان فهم من آخر المسئلة والضميران المجروران فى ضمانه ودينه للمرتهن وقوله لان العبد كله مضمون اذا لمفروض ان قيمته مثل الدين اودونه (قوله فان ابى الى آخره) اشار به الى ان المرتهن هو المخاطب اولا بالفداء صيانة لحقه فاذا ابى عاد الامر الى الاصل (قوله ولايسقط الباقى) فيكون العبد رهنا به فى صورة الفداء هذا اذا كانا حاضرين اما اذا كان احدهما حاضرا والآخر غائبا فليس الحاضر ولاية الدفع وانما له ولاية الفداء ثم ان الفادى لو كان راهنا فحكمه ظاهر ولو مرتهنا فيرجع على الراهن بقدر مازاد على الدين سوى قدر الدين فلايكون متبرعا فيه لكن ليس فيه حبس الرهن فى الزائد كما له الحبس فى قدر الدين هذا عند ابى حنيفة واما عندهما فهو متبرع فيه لايرجع عليه الابدينه خاصة

وترجح (قوله هذا زبدة مافى المبسوط وايضاح الكرمانى) والمراد بالغيبة الغيبة المنقطعة كما فى الاسرار (قوله باع وصيه الرهن) اى باذن المرتهن والراهن انمايبيعه باذنه وكذا وصيه كما فى الكافى (قوله نصب اى وصى ليبيعه) اى نصبه القاضى هكذا فى النسخ والظاهر ان يقال اى وصى نصبه القاضى ليبيعه (قوله ولهم اى للآخرين رده لانه الخ) ولانه لهم رده بمنع الميت من مثله فى مرضه وكذا وصيه ﴿ فصل ﴾ هذا الفصل بمنزلة المسائل المتفرقة فى اواخر الكتب كما صرح بها فى بعضها هنا ولذلك اخره تكميلا لمافات فيما سبق (قوله وهو يساويها اى الخل) يعنى قيمته تساوى العشرة قال الزيلعى هذا يشير الى اعتبار القيمة فى الزيادة والنقصان وليس كذلك بل المعتبر فيه القدر لان العصير والخل اما مكيل اوموزون وفيهما نقصان القيمة لايوجب سقوط شئ من الدين كما مر اقول ماذكره المصنف بناء على ان لاينتقص شئ من ذاته وقوله وهو يساويها قيد اتفاقى لاينافى مااذا انتقص سقط من الدين قدر ماانقص والعصير لوصار خلا بعد ماصار خمرا انتقص كما هو الغالب فيسقط من الدين قدره سواء كانت قيمته يساويه اولا هذا مافهم من النهاية والكفاية وغيرهما (قوله لايبطل البيع) الاان المشترى يخير لتغير وصفه كما لوتعيب (قوله قيل ويعود البيع ايضا) اطلقه والمراد اخذ الجلد بدرهم ان شاء كذا قيل نقلا عن بعض الشروح اقول الموافق لماسبق فى خيار العيب اخذ الجلد بكل الثمن اوتركه تدبر (قوله نماء الرهن كولده) اراد به مايتولد من عين الرهن فيدخل فيه الازهار كالورد والنسرين ونحوهما كما فى المقدسى وكذلك كل ماكان بدل جزء منه كالارش كما فى النهاية والمحيط والعقر كالارش كما فى بعض الشروح وكلام الخزانة على ان الارش ليس من النماء لما صرح انه اذاهلك يسقط من الدين مابحصته وهكذا صرح به فى حق العقر كما فى البرجندى فظهر ان المصنف لم يجعل الارش والعقر من النماء ولهذا صرح فى التفسير بمايتولد من عين الرهن فقط واشار به الى انه لايدخل فى الرهن ماهو غير متولد كالكسب والهبة والصدقة والغلة فحكم الرهن لايسرى اليه حتى كان للراهن ان يأخذه فى الحال كما فى المنبع (قوله ويهلك مجانا) حتى لو اكل المرتهن ولد الرهن اوشرب لبنه باذن الراهن لم يسقط شئ من الدين وكذا حكم جميع النماء فاذا هلك الاصل يقسم الدين على قيمته وعلى قيمة النماء المستهلك باذنه فيسقط حصة الاصل ويقضى الراهن حصة النماء ولوفعله الراهن اواجنبى بامره يضمن ويكون الضمان رهنا كما فى الكافى والخانية (قوله يقسم الدين) بيان لطريق كيفية الفكاك بقسطه قيد بيوم الفكاك اشارة الى انه لااعتبار لقيمته يوم هلاك الاصل كما لااعتبار لازدياد قيمة الاصل ونقصانها بعد القبض فلورهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فولدت ولدا فهلكت الشاة وقيمة الولد ايضا عشرة ولو افتك يسقط من الدين خمسة ولو لم يفتك حتى صار قيمته عشرين ثم افتك يسقط منه ثلث الدين ويفتكه بثلثيه كما فى الخزانة (قوله صارله حصته من الثمن) حتى لو استحق الولد يرجع المشترى على البائع بحصته من الثمن ولووجد به عيبا يتمكن من رده بالعيب بحصته منه كما فى بعض الشروح وقدسبق مايوافقه قبيل فصل من كتاب البيع و فى باب خيار العيب (قوله مثل ان يرهن ثوبا بعشرة يساوى عشرة) و عبارة الكافى بان رهن ثوبا بعشرة قيمته عشرة فقوله بعشرة متعلق بقوله يرهن وقوله يساوى عشرة صفة لقوله ثوبا وفصل بين الموصوف والصفة باجنبى مما لابأس به فى عبارة المصنفين والتقييد بهذه الصفة اتفاقى اذ لولم يكن مساويا بها بان يكون اقل اواكثر

فالحكم كذلك ثم ثمرة صحة الالتحاق ان يقسم الدين على قيمة الاصل يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت وهو ظاهر و باقى التفصيل فى الكافى (قوله لاالدين) يعنى لاتصح الزيادة فى الدين هذا عند ابى حنيفة ومحمد وهو الراجح كما فى المنبع وغيره اما عند ابى يوسف فلافرق بين الزيادتين فى الصحة كالافرق بينهما فى عدمها عند زفر والشافعى هكذا فى عامة الشروح وذكر فى الخلاصة ان محمدا مع ابى يوسف ثم المعقود عليه فى عقد البيع هو المبيع والمقصود به هو الثمن والدين فى عقد الرهن ليس واحد منهما وقوله فالزيادة فى الدين الخ الموافق لما فى الكتب ان يصور المقام هكذا والدين ليس واحدا منهما اما كونه غير معقود عليه فظاهر واما كونه غير معقود به فلوجوده بسبب قبل عقد الرهن فلايتصور الزيادة فيه بخلاف الرهن الخ تدبر (قوله ولايبقى بعده) عبارة الكافى والمنبع وغيرهما ولايبقى محبوسا بعده اى بعد عقد الرهن والمراد بعد فسخ عقد الرهن كما فى النهاية وايجاز المصنف مخل كما لايخفى (قوله فلايخرج) اى الاول عنه اى عن الضمان مابقيا اى ماداما باقيين وقوله الابنقض القبض استثناء مفرغ من لايخرج و نقض القبض انما يكون برده الى الراهن وهو المراد هنا وعبارة المصنف هو الموافق لعبارة الزيلعى وليس فيه حشو فضلا ان يكون مفسدا كما لايخفى (قوله فاذا زال الاول برده عن الضمان دخل الثانى فى ضمانه) لان تمام الرهن كما كان بالتسليم الى المرتهن كان تمام نقضه بالرد على الراهن ومالم يوجد الرد بقى الاول رهنا والثانى امانة كما حققه الاتقانى و ذكر فى فتاوى قاضيخان انه اذا قبض الرهن الثانى خرج الاول من ان يكون رهنا رد الاول على الراهن او لم يرد فقبل قبض الثانى الاول رهن مادام فى يده يهلك بالدين ان هلك و الثانى امانة يهلك من غير شئ و بعد القبض يكون الثانى رهنا يهلك بقيمة نفسه ان هلك ويهلك الاول امانة اقول هذا هو الموافق لما سبق من ان التخلية فيه قبض حيث ان التخلية فيه رد ايضا اذ الظاهر ان المرتهن اذا قبض الثانى رفع المانع من قبض الاول كما ان وضع المسئلة عليه تدبر (قوله ابرأ المرتهن) قيد به اشارة الى ان المرتهن لواستوفى الدين من الراهن اوالمقطوع ثم هلك فى يده هلك بالدين ويجب عليه رد مااستوفاه الى الموفى اجماعا كما فى التبيين (قوله وقال زفر يضمن قيمته للراهن) هذا اذا كانت قيمته قدر الدين اواقل امااذاكانت اكثر يكون الفضل امانة كما فى المختلف والمصفى (قوله والحكم الثابت) وهو المعلول وهو وجوب الضمان هنا والعلة الارتهان والوصفان القبض وكونه فى مقابلة الدين (قوله اوشرائه) عطف على قوله ايفاء الراهن والضمير المجرور فيه وفى قوله اوصلحه راجع الى المرتهن والضمير المرفوع فى قوله اواحال عائد الى الراهن و التفكيك عند عدم اشتباه المراد مما لابأس به فلاحاجة الى ان قال اوشرى عينا بالدين اوصالح عنه على شئ على انه لم يتخلص عن التفكيك ايضا فانه يقتضى ح التفكيك ايضا فى قوله اواحال مرتهنه (قوله لاتسقط بالاستيفاء ونحوه) بل تنتهى وتتقرر كما فى النهاية وغيره اراد بقوله ونحوه الحوالة و الارتهان وذا تدارك حسن و زائد مفيد و قوله لكن الاستيفاء الظاهر ان يقال لكن المطالبة يتعذر الخ كما فى الكافى وغيره وعبارة المصنف هى الموافقة لعبارة الهداية واراد بالاستيفاء ما هو الاعم من الاول والثانى لاالثانى فقط كما ظن والضمير المنصوب فى قوله لانه والمرفوع فى يعقب عائدان الى الاستيفاء على عبارة المصنف والى المطالبة على ماهو الظاهر والمراد بعدم الفائدة تأدية المطالبة بعد الاستيفاء الدور واراد بالاستيفاء الاول الاستيفاء الحكمى الحاصل بالارتهان وبالثانى الاستيفاء الحقيقى الحاصل من ايفاء الراهن وشراء

المرتهن الخ ولولم ينتقض لتكرر الاستيفاء (قوله في صورة ايفاء الراهن) وكذا يجب رد ما قبض الى
المحتال عليه في صورة الحوالة اذا وجد القبض وانما لم يتعرض له بناء على عدم قبض المحال به (قوله
او بطلت الحوالة) خصها بالذكر مع ان الصلح يبطل ايضا لصحة الحوالة بدون الدين في بعض
الصور وذا ليس من هذا القبيل بخلاف الصلح فان عدم صحته بدون الدين ظاهر ولذلك
لم يتعرض لبطلانه لانه اطلق البطلان ولكنه مقيد بان لايكون الدين اكثر من قيمة الرهن فان
كان اكثر ينبغي ان لا يبطل الحوالة في قدر الزيادة كما في البرجندي (قوله يهلك به ايضا)
اي يهلك الرهن بالدين والمراد كون الرهن مضمونا على المرتهن باقل من قيمته ومن الدين
صرح به في تنوير التلخيص ولم يتعرض المصنف له حوالة على ما فهم مما سبق (قوله اذا هلك
بعد تصادقهما ولو قال اذا هلك ولو بعد تصادقهما لكان اشارة الى انه اذا هلك الرهن ثم
تصادقا عليه فضمان الرهن يكون بالطريق الاولى لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلاك
الرهن وذا يكفي في وجوب الضمان ثم هذا ما اختاره صاحب الهداية وقد تبعه المصنف وصرح
في المبسوط للسرخسي انه اذا تصادقا على ان لا دين والرهن قائم ثم هلك يهلك امانة لان
بتصادقهما انتفى الدين من الاصل وضمان الرهن لايبقى بدون الدين وذكر الاسبيجابي انهما
اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب انه لا يهلك مضمونا
وكذا ذكر فخر الاسلام في الجامع الكبير والحصيري انه يهلك امانة ومثله في ايضاح
الكرماني وذكر في الخانية ان الرهن المظنون مضمون في قول محمد وكذا عند ابي يوسف
في ظاهر الرواية عنه وعنه في رواية لايكون مضمونا قالوا لا خلاف في انه ان تصادقا
على ان لا دين ثم هلك الرهن لايكون مضمونا انتهى وانت خبير بان هذا مخالف لما اختاره
صاحب الهداية وفي مثله العمل بما في المتون اولى صرح به في محله (قوله بخلاف الابراء) متعلق
بقوله بقيت الجهة ويحتمل ان يتعلق بقوله يهلك به ايضا

﴿ كتاب الغصب ﴾

(قوله
لان في الاول حبسا الخ) ولان المرتهن كما لايجوز تصرفه في الرهن لايجوز تصرف الغاصب
في المغصوب ولان المغصوب مادام في يد الغاصب قائما لايملكه الغاصب كذلك الرهن لايملكه
المرتهن واذا هلك كل منهما يكون اليد يد ضمان ولان الرهن بالتعدي يكون مضمونا فظهر
المناسبة بينهما بهذه الوجوه وقدم الرهن لانه فعل شرعي يكون بالتقديم اولى كما لايخفى (قوله
اخذ الشيء من الغير الخ) وفي العناية الغصب في اللغة اخذ الشيء على سبيل التغلب للاستعمال
فيه بين اهل اللغة سواء كان متقوما اوغيره يقال غصب زوجة فلان وخمر فلان انتهى
وهكذا في عامة الشروح كالكافي والنهاية والاختيار والمنبع والبرجندي والتبيين حتى في التعريفات
الشريفية (قوله هو بمنزلة الجنس) اشار به الى انه جنس من وجه فصل من وجه حيث يخرج
به الحر والميتة حتف انفه والدم فانها ليست بمال (قوله احتراز عن الخمر وكذا) الخنزير فانهما
ليسا بمتقومين عند المسلم وهو الاصل في الاعتبار في تعريف الاحكام الشرعية فلا يرد عليه
كونهما متقومين عند الذمي والمستأمن (قوله احتراز عن اخذه من يد المالك باذنه) كما في الرهن
والعارية والوديعة ثم الاخذ المذكور اعم من ان يكون تحقيقا كازالة المغصوب الذي في يده عن يده
اوتقديرا وهو قصر يده عن المغصوب اذا لم يكن في يده فمن قبيل الثاني استخدام العبد ونحوه
اذا لم يكن في يد مالكه عند غصب الغاصب ثم الازالة لو تجردت توجب الضمان بخلاف تجرد
الاثبات فيتفرع عليه ما في المبسوط انه لوضرب يد آخر فيها درة فوقعت في البحر اوفيها طير
فطار بضربه يضمن ولو وضع يده على مال الغير من غير ازالة عن مكانه لم يضمن كما في النهاية

(قوله لاخفية) هذا من قبيل تصريح ما علم ضمنا لما سبق من ان اخذ مال الغير تضمن كونه على سبيل التغلب عليه فيفيد اخذه من غير خفية الا ان المصنف اراد الايضاح فقيد به ومثل هذا نوع افادة يعتبره البلغاء ايضا تارة كما لا يخفى (قوله ولغيره) اى لغير من علم بان ظن ان المأخوذ ماله اوشرى عينا ثم ظهر استحقاقه فالحكم فى الغرم والرد فقط لا الاثم وهذا يفهم من قيد لمن علم ولذلك لم يذكر فى الوقاية وغيره فيكون هذا من قبيل التصريح بعد ما علم مفهوما (قوله ويجب المثل فى المثلى) هذا شروع لتفصيل الغرم لانه لما علم ان حكمه الغرم عند الهلاك ولم يعلم كيفيته تبينها بقوله ويجب الخ هذا ومن لم يعلم المراد ظن ان عليه ان يقيده بان هذا عند الهلاك تدبر (قوله فان انقطع) اى المثلى يعنى عن الاسواق وهو مختار المصنف كما هو المفهوم مما سبق آنفا والمراد ان لا يوجد فى السوق الذى يباع فيه وان كان يوجد فى البيوت وعلى هذا انقطاع الدراهم هذا ما ذكره التلجى فى حد الانقطاع واختاره فى الذخيرة والنهاية وعليه كلام المصنف لان حد الانقطاع ان لا يوجد جنسه فى ايدى الناس لا بثمن رخيص ولا بثمن غال كما ذكر فى شرح الطحاوى وان اختاره فى بعض الشروح (قوله فقيمته يوم الخصومة هذا عند ابو حنيفة) وهو مختار المصنف كما هو مختار صاحب الهداية على ماجرى على عادته المقررة من تقديم الحكم وتأخير الدليل فانه علامة الاقوى عنده ورجح صدر الشريعة قول ابى يوسف حيث قال هذا اعدل اذ لم يبق شئ من نوعه فى نوعه فى يوم الخصومة والقيمة معتبرة بكثرة الرغبات وقلتها وفى المعدوم هذا متعذر او متعسر ويوم الانقطاع لا ضبط له الى آخر ما قاله فقوله اذ لم يبق الخ جواب عن قول ابى حنيفة وقوله ويوم الانقطاع الخ جواب عن قول محمد اقول بل الاعدل مذهب ابى حنيفة لما صرح فى الكافى وغيره ان المثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وقاصر وهو المثل معنى وهو القيمة والاصل فى ضمان العدوان هو الاول والثانى لا يكون مشروعا مع احتمال الاصل لانه خلف عن البدل الكامل ولا ينقطع الاحتمال بالانقطاع ولا ينتقل الاصل الى الخلف الا بالخصومة والقضاء حتى لو صبر قبل القضاء الى وجود جنسه لا يكون له الا اخذ مثله فظهر ان احتمال وجود المثل فى السوق او فى البيوت يدفع تعسر قيمته وتعذرها لان اهل السوق يعرفون قيمته بتقدير وجوده يوم الخصومة وايضا يمكن ان يكون يوم الانقطاع مضبوطا عند اهل السوق وهو الغالب فكان للقاضى ان يعتبر قيمته يوم الانقطاع هذا فيظهر ان ما ذهب اليه محمد اظهر مما ذهب اليه ابو يوسف فلا وجه لرد صدر الشريعة قولى الطرفين تدبر (قوله وبقضاء القاضى ينتقل) حتى لا يعود الى المثل بوجوده بعد ذلك كما فى التبيين وتقديم الجار والمجرور للتخصيص والجملة عطف على الجملة المصدرة بان وقوله فيعتبر الخ نتيجة للمقدمتين السابقتين (قوله ويجب القيمة فيقوم) بالدراهم لو يباع فى السوق بها وبالدنانير لو يباع بها وبالانفع للمغصوب منه لو يباع بهما كما فى الخانية (قوله والعددى المتفاوت) وكذا الوزنى الذى فى تبعيضه ضرر كالمصنوع من الابريق ونحوه على ما سبق آنفا وكما فى البزازية (قوله حبس حتى يعلم) هذا بعد عجز الغاصب عن اقامة البينة على ان المغصوب هالك عنده اما لو اقامها يقضى عليه بالضمان من غير حبس ثم اذا ادعى الفقر لا يحبسه الحاكم للضمان ما لم يقم المغصوب منه البينة على يساره فاذا اقامها يحبسه ومدة الحبس فى الموضعين مفوض الى رأى القاضى فى الصحيح لان الحبس للاضجار وذا مما يختلف فيه احوال الناس كما فى المنبع (قوله فبينته اى الغاصب اولى عند محمد) وهو ظاهر المذهب ذكره

فى الجامع وقد رجحه صاحب المحيط والبدايع (قوله وهو) اى الغصب انما يتحقق فيما ينقل
ايراد الشرح على وجه القصر بناء على ان للضمير حكم المرجع وهو معرف بلام الجنس
وتعريف المسند اليه به يفيد قصره على المسند ولو كان غير معرف نحو التوكل على الله
والتفويض الى امر الله والامام من قريش وهو مذهب الاكثرين منهم ابن الهمام والقاضى
عضد الدين و ابن الحاجب والطيبى على ما فصل فى حاشية الفقير على المطول من الكتب
المعتبرة (قوله ويحول) عطف تفسير لقوله ينقل وقوله لا العقار من قبيل جمع العطف
بلا العاطفة مع النفى والاستثناء وذا واقع فى تراكيب المصنفين كما فى المطول وقوله الذى لاينقل
ولايحول صفة كاشفة للعقار لانه عبارة عما له اصل وقرار مثل الارض والدار (قوله فلو اخذ
عقارا) اى على سبيل التغلب ولقد افاد المصنف فى تبديل عبارة الهداية وهى واذا غصب
عقار افائدتين ذكر الفاء لان هذه المسئلة متفرعة على الاصل السابق وذكر الاخذ وهو معنى
الغصب اللغوى ويمكن ان يقال انما اتى بعنوان الغصب للمشاكلة مجازا وهو باعث فى العدول
عن الحقيقة ولا يتوقف على تعذر الحقيقة اللغوية صرح به فى محله وان الواو واستبنا فيه
يكون ما بعدها بيانا وثمرة لما قبلها هذا على ان اختيار الواو على الفاء للتفويض الى ذهن
السامع مما يقع فى فصيح الكلام وعليه قوله تعالى واخرجت الارض اثقالها وانت خبير
بان هذا لايدفع احسنية التبديل كما لايخفى (قوله لايضمن) هذا عند ابى حنيفة وابى يوسف
آخرا وقال محمد وزفر والشافعى وهو قول ابى يوسف اولا يضمن (قوله وهو الغصب) اى
الشرعى لان يد المالك لايزول الا باخراجه عنه وذلك فعل فى المالك لا فى العقار فصار كما اذا
بعد صاحب الماشية عنها حتى ضاعت لم يضمن بالاتفاق كما فى الشروح قال صاحب المنح
اخذا من النهاية وذكر فى الخانية والذخيرة مايخالف هذا الاصل وهو انه لو غصب عجلا فاستهلكه
حتى يبس لبن امه قال ابو بكر البلخى يضمن قيمة العجل ونقصان الام وان لم يفعل الغاصب
فى الام فعلا يزيل يد المالك انتهى اقول يمكن التوجيه بان ضياع الماشية انما يكون بتخلل فعل
الفاعل بخلاف يبس اللبن ونقصان الام به فانه انما يحصل من فعل الغاصب فيكون من قبيل
درة وقعت فى البحر بضرب يد آخذها ويمكن ان يقال ان الضمان فى نقصان الام بيبس اللبن
وضمان الدرة الواقعة فى البحر ضمان الاتلاف لاضمان الغصب (قوله الاصح انه يضمن) اى
العقار يصير مضمونا لعل نقل هذه المسائل انه لما ذكر عدم الضمان فى غصب العقار مطلقا
اراد ان يبين ان هذا اذا لم يقتض تقصير يد صاحبه عنه اما اذا اقتضاه فحينئذ يضمن سواء كان
العقار ملكا او وديعة او وقفا هذا وذكر فى العمادية نقلا عن الظهيرية ان الفتوى فى غصب
العقار والدور الموقوفة بالضمان كما ان الفتوى فى غصب منافع الوقف بالضمان (قوله بالبيع والتسليم)
قيد بالتسليم اذ به يصير يد صاحبه مقصورة وكذا الحال فى جحود الوديعة اذ بالجحود تقصير يد
صاحبه لانه لايتوصل اليها بعد جحوده حيث احتاج فى الصورتين الى اقامة البينة على انه ملكه وهكذا
قصر اليد حصل بالشهادة فبالرجوع توجه الضمان عليه على انه ضمان اتلاف لاضمان غصب
وان الاصح كما فى الكافى وغيره عدم الضمان فى جحود الوديعة فى العقار (قوله وبين شراح الهداية
وغيرهم الفعل بالهدم والسكنى بالسكنى المخصوصة) فيه نشر على عكس الترتيب لان من
فسر الفعل بالهدم صاحب الكافى ومن فسر السكنى شراح الهداية (قوله وقد غير
صاحب الوقاية) اقول ان تغيير صاحب الوقاية فى محزه لان شمول الفعل للسكنى وغيرها

عما لا نزاع لاحد فيه والساكن لا يخلو من عمل غالبا فالسكنى به يفضي الى النقص لا من حيث هي هي اذ مجرد السكنى لا يفضي الى النقص غالبا واكتفى في التمثيل بما يفضي الى النقص بالاجرة اشارة الى ان الضمان بما يوجبه ابتداء كالهدم بالطريق الاولى وقوله كسكناه تمثيل على ان يكون من جزئيات الفعل وهو المتبادر وعليه كلام صدر الشريعة ولعل هذه النسخة هي الموافقة لنسخة المص لما بين صدر الشريعة في صدد شرحه وانه وقع شيء من التغييرات في النسخ المكتوبة من نسخته فظهر ان الاصوب نسخة تبعها صدر الشريعة وان حقيقة الحال على هذا المنوال فلا يحمل المقام اطنابا غير هذا كما لا يخفى (قوله واذا انتقصت بالزراعة) يعرف قدر النقصان بان ينظر بكم تباع قبل الاستعمال وبكم تباع بعده فالتفاوت هو النقصان قاله محمد بن سلمة واعتبره نصير بن يحيى بالاجارة والاول هو الاقيس لان العبرة لقيمة العين دون المنفعة كما في التبيين واعتمده في الواقعات الحسامية ولكن ذكر في النهاية ان ابن سلمة رجع الى ما اعتبره نصير ثم الغاصب يأخذ من محصول الارض رأس ماله وما ضمنه وما انفقه ومؤنته ويتصدق في الفضل عندهما وعند ابي يوسف لا يتصدق صورته ان الخارج اربعة اكرار نقصان الزراعة قدر كر ورأس المال كذلك والمؤنة كذلك فيتصدق كرا كما في الشروح (قوله حتى لا يسقط شيء من الثمن) لكن يخير المشتري بين اخذه بكل الثمن وتركه كما في الكافي (قوله وتراجع السعر) عطف على قوله المبيع اي وبخلاف تراجع السعر وكذا لو كان ربويا فانه لا يضمن نقصانه لو في الوصف اذ الجودة غير معتبرة في باب الربوا فيخير بين اخذه بلا شيء او تضمين قيمته من خلاف جنسه او تضمين مثله من جنسه كما في الشروح غصب صغيرا فكبر اخذه المالك مجانا اذ الغاصب متبرع في الانفاق عليه اوشابا فصار شيخا او عجوزا ضمن النقصان ونبات اللحية للامرد ليس بنقصان بخلاف انكسار الثدي للجارية فان فيه ضمان النقصان كذا في نسيان القرآن او الحرفة فيقوم عالما وغير عالم فيضمن تفاوت ما بينهما هذا كان النقصان يسيرا واما اذا كان كثيرا فيخير المالك بين الاخذ والترك مع تضمين جميع قيمته كما في النهاية والمنبع (قوله وان لم يكن اي الرد فيه) اي في مكان الغصب وقد تراجع السعر في المكان الذي نقله الغاصب يخير المالك بين اخذ القيمة اي قيمته في مكان الغصب يوم الخصومة كما في العمادية قلت الظاهر ان هذا لو مثليا اما لو كان قيميا فينبغي ان يضمن قيمته يوم الغصب كما لا يخفى ولم يذكر جواز اخذه مع انه مخير فيه ايضا لظهوره وذكر في المحيط ان هذا التخيير فيما لم يكن المغصوب دراهم او دنانير اما لو كان فلا يخير بل يأخذها حيث وجدها وان اختلف السعر (قوله فكان له ان يلتزم الضرر) هكذا في النسخ التي رأيناها ولكن سقط من قلم الناسخ لفظ لا في يلتزم اي كان للمالك ان لا يلتزم الخ وعبارة المصنف هنا مأخوذة من النهاية ولفظ لا ثابت فيه ومن لم يجد المنقول عنه هنا قال ما قال (قوله فنقصه بالاستعمال) الظاهر فنقصه الاستغلال كما في الكافي والتبيين مأخذ هذا الشرح وقوله يبدل خبيث الظاهر بسبب خبيث كما فيهما وقوله تصدق باجر اخذه الظاهر انه يتصدق كله قال الزيلعي ينبغي ان يتصدق بما زاد على ما ضمن لا بالغلة كلها انتهى اقول الظاهر من اطلاق المتن ومن المعطوفات عليه التصدق بالكل وانه محمول على انه لم ينقصه الاستغلال وان كان يأباه تصوير المصنف رحمه الله المسئلة وتصويرها فيهما ايضا ثم لو هلك العبد او الدابة في يد الغاصب فله ان يستعين بالاجر كاله الاستعانة بالربح في اداء الضمان ولو اداه الى المالك يباح له التناول وان كان غنيا كما في الشروح (قوله او بالشراء بدراهم الوديعة الخ) وقوله فيما سيجيء اذا اشار اليها ونقد منها اشارة الى

ان لافرق بين العبارتين فى الحكم ولذلك ترى العلماء فى وجوب التصدق بالربح يعبرون تارة بهذه
العبارة واخرى بتلك نعم الاشتراء بالدراهم المعينة والنقد منها اعم من ان يدفعها اولا واشار اليها
ثم اشترى بها ونقدها بخلاف الاشارة والاعم يشمل الاخص هذا اذا انضم اليه النقد منها
اما اذا لم ينضم اليه فيكون من قبيل صور طيب الربح فقوله فى الجامع الصغير فانه يتصدق بالربح
وذكر صورة طيب الربح عند عدم الانضمام دل كل منهما انه اراد بقوله اشترى بها اشار اليها ونقد منها
واختار فى المتن اشترى بها ونقد منها على ما اشار بها ونقد منها تبعا للهداية لكونه اعم وافيد كما لا يخفى
واول اللائق فى فهم المقام ان يكون على هذا المنوال (قوله ابى عند حنيفة ومحمد) اما عند ابى يوسف
فلا يتصدق منه بشئ كما فى عامة الشروح وقوله ونحوها اى الطعام وقوله فيتصدق به اى
بالربح الحاصل من ملك خبيث (قوله او طلق) يعنى لم يشر الى شئ وذكر فى الذخيرة انه لو نوى
بقلبه ان ينقد من تلك الدراهم وحقق نيته بان نقد منها قيل يطيب له المشترى وقيل لا يطيب
قال الامام الحلوانى عدم الطيب هو الاصح اقول وهكذا الحال فى الربح لانه متفرع عليه
وقال فى البزازية ولا يعتبر النية فى الفتوى (قوله وبه كان يفتى الامام ابو الليث) وهو المنقول
عن الكرخى كما فى عامة الكتب وذكر فى الذخيرة قالوا الفتوى اليوم على قول الكرخى دفعا للحرج
عن الناس وعلى هذا تقرير صدر الشريعة وشمس الائمة السرخسى (قوله وهو المختار) اى
للفتوى كما فى المنصورية ونقل صاحب النهاية عن شرح الجامع الصغير لصدر الاسلام انه
لو شرى بالف غصب طعاما يباح له الاكل ولو شرى بها امة قيل يباح له الوطئ والصحيح
انه لا يحل له الوطئ ولا الاكل هناك لان فى السبب نوع خبث ولهذا المعنى يرى بعض الظلمة
الذين فيهم قليل التقوى يشترون الاشياء بنسيئة و يصرفونها الى حوائجهم ثم يقضون الاثمان
انتهى وهكذا التفصيل فى نوادر ابن سماعة (قوله فى الجامعين) اى الجامع الصغير والجامع
الكبير وفى كتاب المضاربة من المبسوط (قوله فى المدة) اى فى بعضها كما هو المصرح فى الذخيرة
وهو الظاهر من السياق قيد به لانه لو آجره ثم اجاز المالك قبل استيفاء المنفعة كان جميع الاجر
للمالك اتفاقا وكذا لو آجره ثم اجاز المالك بعد انقضاء المدة كان جميع الاجر للغاصب كما فى الذخيرة
وذكر فى الخانية ان الفتوى على قول محمد (قوله وغير) اى المغصوب اى بفعله كما فى الهداية
وعليه تفريع لا احتراز (قوله فزال اعظم منافعه) فرع على زوال الاسم بناء على ان زوال
الاسم يستلزمه لكن لا كليا بل غالبا لانه لو غصب شاة فذبحها ثم سلخها وجعلها عضوا عضوا
زال اسمها ولكن لم يزل اعظم منافعها وهو اللحمية ولم يزل ملك مالكها عنها فظهر ان جمع
العبارتين هو الاولى وان عطف قوله واعظم منافعه كما وقع فى عامة المعتبرات ليس لمجرد التأكيد
كما هو الظاهر (قوله حيث يقال شاة مذبوحة) اورد عليه بقولهم شاة مشوية مع انها تخالف
المذبوحة فى الحكم اقول ان الغاصب احدث فيها فعلا متقوما اخرجها عن عينها الاول
حيث تسمى شواء وقولهم شاة مشوية فى قوة شواء الشاة بخلاف شاة مذبوحة فظهر ان لا
ورود كما لا يخفى (قوله ولا حاجة اليه) جملة حالية عن مفعول قال وقوله لان قوله الخ تعليل
لقوله لا حاجة اليه اولقوله ولم يقل والضمير ان المجروران فى اليه وعنه عائدان الى قوله واعظم
منافعه (قوله حتى تبدل الاسم) وذلك التبدل دليل تبدل المسمى والعين من وجه كونه هالكا
مضافا الى صنعة الغاصب لان الهلاك صار بفعله وحق الغاصب فى العين المصنوع
بالصنعة المتقومة قائم اى موجود من كل وجه وحق المالك فى ذلك العين قائم من وجه هالك

من وجه فالقائم من كل وجه يكون راجحا على القائم من وجه سواء كان اصلا اوتبعا كما صرح به في الكشف الكبير على ان ضربي الترجيح اذا تعارضا كان الرجحان في الذات وهو الوجود هنا احق منه في الحال وهو البقاء اذ الوجود اصل والبقاء صفة تابعة له فان البقاء امتداد الوجود في الزمان الثاني فالترجيح بالوجود اولى كما في سراج الهندى على المغنى اذا عرفت هذا ظهر لك ما في عبارة المصنف من الركاكة والايجاز كما لا يخفى (قوله اما باداء بدله) اى مثله لو مثليا او قيمته لو قيميا وقوله اوتضمين القاضي اى حكمه بالضمان فيحل له الانتفاع وان لم يؤد الضمان لان قضاء القاضي بمنزلة اداء البدل لحصول رضاء المالك عنده لانه لايقضي الا بطلبه كما في الشروح (قوله والقياس) وهو قول حسن وزفر ورواية عن ابي حنيفة والمصلية اى المشوية واراد بالاسراء المحبوسين (قوله كذبح شاة) اطلقها فشملت شاة القصاب وغيره صرح شمس الائمة الحلواني وهو الصحيح كما في الذخيرة قيد بالطبخ والشيء لانه اذا ذبحها فقط فصاحبها مخير بين تركها وتضمين قيمتها و بين اخذها وتضمين النقصان وكذا في سلخها وجعلها عضوا عضوا هذا في ظاهر الرواية وفي رواية ليس له ان يضمنه النقصان وظاهر الرواية هو الاصح كما في المنبع والفتوى على ظاهر الرواية كما في الظهيرية (قوله والبناء على ساجة) اراد بها مطلق الخشبة الصالحة لان يبنى عليها من اى شجر كان وهذا من قبيل ذكر الخاص وارادة العام وذا كثير بينهم حتى يقع من المجتهد بل من الشارع لايخفى على من تدرب هذا والشافعي يخالفنا في الجميع ونقول لاينقطع حق المالك ثم مسئلة البناء على ساجة اول مسئلة خالف فيها الشافعي اصحابنا وكذا في يواقيت العلوم للامام الرازى (قوله فلمالكه بلاشيء) هذا عند ابي حنيفة وعندهما يملكه الغاصب وعليه مثله قيد بالضرب المذكور لانه لوسبكه ولم يصنعه و جعله مطولا او مربعا اومدورا فللمالك الاسترداد بالاتفاق ولاشيء عليه كما في التاتارخانية وذكر في الخانية لو غصب اناء فضة فنقشه بالنقر يملكه بقيمته لان المالك لواخذه لم يعطه شيئا وذكر في البزازية غصب قرطاسا وكتب عليه لاينقطع حق المالك في الصحيح وهكذا في التاتارخانية اقول ينبغي ان الصحيح ان ينقطع و فيها ايضا غصب مصحفا ونقطه فهو زيادة فصاحبه مخير بين تضمين قيمته غير منقوط واخذه باعطاء ما زاده النقط وعن ابي يوسف انه يأخذه بغير شيء كمن غصب عبدا وعلمه الكتابة وهكذا في التجريد (قوله واخذ قيمتها يوم الغصب) لماسبق ولما صرح به في الولوالجية قيد المسئلة بالذبح وهكذا قطع العضو وقيدها بحيوان مأكول اللحم لانه لوكان غيرمأكول اللحم فحكمه ماسيصرح به وبخلاف مالو كان المغصوب عبدا اوامة فقطع عضوا منه يأخذه مع ارش المقطوع كما في المنبع (قوله فقطع الغاصب طرفها) كان الظاهر الموافق لما في المتن فذبحها الغاصب الا انه لما لم يكن فرق بين الذبح والقطع في حق الحيوانات اكتفى بذكر الذبح في المتن وتعرض لذكر القطع في الشرح للاختصار ولله دره (قوله وفوت بعضه و بعض نفعه) هذا حد الخرق الفاحش المروى عن محمد وهو الصحيح كما في المنبع (قوله بلاتفويت شيء منه) اى من الثوب و يظهر منه انه لايفوت به شيء من المنفعة وانما يفوت الجودة ويدخل بسببه نقصان في المالية (قوله به اى بالبناء والغرس) الصواب ان يفسر بقلع البناء والغرس كما هو الموافق لعامة الكتب (قوله وقيمة الشجر) عطف على قيمة الارض اوالواو للحال والواو في قوله واجرة القلع للعطف على الثاني ودرهم رفع وعليه عامة النسخ والحال على الاول (قوله هذا اذا كانت) هذا هو المحكي عن الكرخي

كما في الذخيرة قال القاضي ابو علي النسفي وزعم ان هذا هو المذهب كما في المنبع و بعض المتأخرين افتوا بقول الكرخي وانه حسن ونحن نفتي بجواب الكتاب اتباعا لشيوخنا فانهم لايتركون جواب الكتاب كما في الخلاصة و اقول كان استاذي شيخ مشايخ الاسلام يفتي بجواب الكتاب عملا بما في الخلاصة و ذكر بعض المتأخرين ان الاوفق بقواعد الشرع ان يفتي بقول الكرخي ان كان الغاصب بنى او غرس بزعم سبب شرعي كالارث و الا فبجواب الكتاب كما في الفصول العمادية اقول هذا هو الاعدل عندي وهو الاوفق لماسبق في كتاب الشفعة قبيل باب الشفعة من المسئلة و رأسها و في بناء المشتري و غرسه الخ حيث فرق محمد بين آخذ جبرا وبين آخذ على وجه شرعي (قوله حمر الثوب) قيد بالتحمير لانه لو انصبغ بغير فعله بالقاء ريح مثلا حيث لايخير صاحب الثوب في تركه على صاحب الصبغ بل يخير في اخذ الثوب وضمان مازاد الصبغ او يباع و يقسم الثمن بينهما على قدر حصتهما وهذا الطريق مروي عن ابي عصمة في مسئلة المتن ايضا وحسنه في الكافي وغيره وانما خير صاحب الثوب لانه صاحب اصل قيد به لانه لوخلط العسل بالسمن او عكس او اختلط به فكلاهما اصل كما في البدايع اقول ظاهره على انهما يشتركان وان لكل منهما الخيار وانت خبير بان الموافق لماسبق من صورتي التغيير والاختلاط ان يملكه الغاصب ويجب عليه الضمان على ان اللايق ان لايخير الغاصب في صورة الخلط لان يده يد عدوان فلا بد له من الزجر حتى ينسد باب الفساد (قوله وسلمه الى الغاصب) اي وتركه عليه و التعبير بالتسليم بناء على انه في حكم الآخذ من يد الغاصب لكونه مخيرا بين الاخذ والترك كما لايخفى (قوله وضمن مازاد الصبغ) هذا اذا كان الصبغ ملكا للغاصب اما اذا لم يكن ملكا له بل كان ملك صاحب الثوب ايضا واختار اخذ الثوب برئ الغاصب عن ضمان الصبغ استحسانا والقياس ان يضمن الغاصب صبغا مثله ثم يصير كانه صبغ الثوب بصبغ نفسه وهكذا اذا كان الصبغ ملكا لغيرهما حيث يكون الصبغ مضمونا عليه فيصير كانه صبغه بصبغ نفسه كما في الشروح (قوله ولاشئ للغاصب) وهكذا في الكافي والايضاح والظاهر ان هذا قول ابي حنيفة واما عندهما فالسواد زيادة كالحمرة و قيل هذا اختلاف عصر وزمان وفي الذخيرة السواد لو زاد قيمة الثوب فالجواب ما قالاه و لو نقصها فالجواب ماقاله ابو حنيفة

﴿ فصل ﴾

هذا الفصل بمنزلة مسائل شتى لها اتصال بمسائل الغصب على ان بعضها مما يوجب الملك للغاصب بالضمان وقد ذكر فيما سبق مايوجب الملك له بفعله وعمله (قوله وضمن قيمته ملكه) و في المحيط و الحقايق الصحيح عند المحققين من مشايخنا على قضية مذهب اصحابنا رحمهم الله تعالى ان الغاصب لايملكه الا عند اداء الضمان او القضاء بالضمان او بتراضي الخصمين على الضمان فاذا وجد احد هذه الثلثة يثبت الملك و الا فلا (قوله و الاصدق الغاصب بيمينه) اشار به الى ان الغاصب لو برهن على قيمته فللمالك ان يحلفه ولايقبل برهانه كما في الخلاصة نقلا عن الاصل وقال بعض مشايخنا ينبغي ان يقبل لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله مع اليمين واو برهن على ذلك قبل وكان القاضي ابو علي النسفي يقول هذه المسئلة عندي مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة ومسئلة الوديعة وهو الصحيح وقد رد الفرق بعض المحققين وصحح القياس عليه ومنهم من رد الرد اقول في مثل هذا العمل بالرواية وهي ما في الخلاصة وقد سبق نظائره (قوله وهي اي قيمته اكثر) قيد به لانه لوكانت مثل ماضمنه اودونه فلاخيار للمالك وهذا قول الكرخي واما في ظاهر الرواية

الخيار ثابت للمالك فى الفصول كلها وهو الاصح كما فى عامة الكتب فظهر ان ما ذكره
المصنف غير الاصح والراجح فى مثله ظاهر الرواية وان صحح غير ظاهر الرواية ايضا وقد سبق
نظائره (قوله اخذه) اى المغصوب المالك ولكن للغاصب ان يحبسه حتى يأخذ مادفعه اليه
ولو هلك فى يده قبل رد المدفوع لايرده لكن يأخذ من الغاصب الزيادة ولو اختلفا فى الزيادة
فادعى الغاصب انها حدثت بعد التضمين وادعى المالك انها كانت قبله ولارواية فيه وقال
الجصاص تفقها ان القول قول الغاصب لان التمليك قد صح ولايفسخ بالشك كما فى البدايع
(قوله نفذ بيع غاصب ضمن بعد بيعه) اطلقه فشمل كون المبيع مثليا اوقيميا فضمانه فى الاول
بمثلى وفى الثانى بقيمته يوم الغصب هذا هو الظاهر قال فى العمادية اذا باع العبد المغصوب
فان ضمنه المالك قيمته يوم الغصب جاز البيع وان ضمنه قيمته يوم البيع لاينفذ بيعه اقول لايخلو
تضمين المالك قيمته يوم البيع على انه راض بذلك القدر كما هو الظاهر مع انه اقل من قيمته يوم
الغصب اولم يرض به فعلى الاول ينبغى ان ينفذ البيع لانه من قبيل اسقاط الزائد عن ذمته تدبر
وذكر فى الخانية المراد بالتضمين اخذ قيمته بالدراهم والدنانير ولواخذ به له شيئا من العروض
على طريق الصلح لاينفذ بيعه (قوله لااعتاقه) قيد باعتاق الغاصب لانه لواعتقه المشترى من
الغاصب ثم ضمنه الغاصب صح اعتاقه فى رواية قياسا على صحة الوقف منه اذا ضمنه الغاصب
بعده وفى رواية لايصح والاول هو الاصح كما فى النهاية (قوله الا بالتعدى) بان اتلفها اوذبحها
او اكل او باع وسلم حتى اذا اتلف الجوز الصغار الرطب على الشجر ينظر ان هذا الشجر مع
تلك الجوزات وبدونها بكم يشترى فيضمن فضل ما بينهما كما فى الظهيرية (قوله وحكمها
هذا) اى عدم الضمان الا بالتعدى اوالمنع بعد الطلب (قوله ويجبر بولدها) هذا استحسان
وفيه خلاف زفر والشافعى والخلاف فيما اذا لم يكن الولد من الزوج اوالمولى اما اذا كان من
احدهما لاضمان على الغاصب لا فى النقصان ولا فى الهلاك وقيد يجبر النقصان لانه لو ماتت
وبالولد وفاء بقيمتها اختلفت الرواية فيه والاصح لاشئ عليه سوى رد الولد واشار بتصدير
المسئلة الى ان هذا اذا اتحد سبب الزيادة والنقصان لانه لولم يتحد ضمن النقصان كما لوغصب
شاة وجز صوفها فنبت آخر اوقطع شجر غيره اوغصنه فنبت آخر مكانه اوغصنا آخر
مثله ويجب عليه ايضا رد ماجزه اوقطعه لو قائما او قيمته لو مستهلكا كما فى البدايع وخير
مطلوب وغيرهما وقيد بالجارية لان النقصان بالولادة انما يكون فى بنى آدم عادة دون
الحيوانات (قوله زنى بامة غصبها) وكذا الحكم لو زنى بها غير الغاصب كما فى الشروح (قوله
فماتت) اشار بفاء التعقيب انها ماتت بالولادة كما صرح به الامام المحبوبى وحافظ الدين الكافى
او ماتت فى نفاسها كما صرح به الامام السرخسى والامام قاضيخان والامام برهان الدين (قوله
ضمن قيمتها) اى يوم علقت هذا عند ابى حنيفة وقالا لايضمن شيئا كما فى المختلف والاصح
يضمن نقصان الحبل عندهما كما فى الخانية وذكر فى البدايع قال ابو يوسف ينظر الى مانقصها
الحبل والى ارش عيب الزنا فيضمن الاكثر وهو الاستحسان وقال محمد يضمن الامرين جميعا
وهو القياس ولم يتعرض فى المتون ولافى اكثر الشروح ان حد الزنا هل يجب على الغاصب الزانى
املا قال فى النهاية نقلا عن التمرتاشى ولوغصب امة فزنى بها فماتت قال محمد الاصح انه يجب
القيمة ولايجب الحد بخلاف لوزنى بجارية وقتلها فانه يحد وعليه القيمة فعلم بهذا ان وجوب
ضمان الجناية مع وجوب الحد يجتمعان واما وجوب ضمان الغصب مع وجوب الحد لايجتمعان

انتهى خلاصة كلامه ولكن شرح قتلها بان معناه قتلها بفعل الزنا (قوله زنا بها اى بامة غصبها) اطلقه فشمل مالو غصبها من مالكها اومن المودع اومن الغاصب الاول فان لكل منهم حق التضمين كما هو المصرح فى الكافى فى مأخذ هذه المسئلة وعليه تعليل المصنف بقوله لان التضمين الخ ولله دره فى الافادة وحسن الاخذ الا ان قوله بعد ارضاء المالك لم يكن فى المأخذ ولعله مستغنى عنه بل هو مخل لان ثبوت النسب لايتوقف على الارضاء كما لايخفى (قوله المنافع لاتضمن بالغصب والاتلاف) وعند الشافعى تضمن فى الصورتين الا اذا كان من امسكه شهرا مثلا حرا فان فيه لايضمن منافعه عنده ايضا لان الحر فى يد نفسه بخلاف ما اذا استخدمه فاتلف عليه ضمن حينئذ ثم الخلاف بينه وبيننا فيما اذا لم يكن العين معدا للاستغلال اما اذا كان معداله يضمن المنافع بالغصب والاتلاف اجماعا كما فى السراجية وغيره (قوله بان اسلم) وبان حصل الخمر فى ملكه من شيرجه وبان ملك الخنزير باصطياده كما فى البرجندى (قوله فاتلفهما) اى اتلاف الخمر اراقتها اما تخليلها فليس باتلاف سيجئ تفصيله واشار باطلاق عدم الضمان الى انه لافرق بين ان يكون المتلف مسلما اوذميا قيد باتلاف الخمر لانه لوشق زق خمر مسلم اوكسر دنه نهيا بذلك عن المنكر فقد اختلف فيه فعند محمد عليه ضمان الزق والدن وعند ابى يوسف لاضمان عليه وعليه الفتوى كما فى المنبع (قوله يضمنان بالاتلاف) يضمن قيمة الخنزير مطلقا ومثل الخمر لو اتلفه ذمى وقيمته او اتلفه مسلم كما فى الشروح (قوله لانهما مال فى حقه) اعترض عليه بانه لم يجب الضمان باتلاف متروك التسمية عمدا مع انه مال متقوم عند الشافعية فلما لم يعتبر اعتقاد صاحبه بالاجتهاد فلان لايعتبر اعتقاد اهل الذمة اولى واجيب بان ذلك حرام وليس بمال بالنص فيكون ولاية المحاجة باقية لنا مع اهل الاجتهاد بخلاف المحاجة مع اهل الكفر فانها منقطعة على ماعرف فى موضعه حاصل الفرق بينهما بان ولاية المحاجة باقية فى المجتهد فيه ومنقطعة فى مال اهل الذمة لايقال ان القاضى ينفذ ماحكم به قاض آخر على خلاف مذهبه فحينئذ ينقطع المحاجة فى المجتهد فيه ايضا فينبغى ان يجب الضمان فيه ايضا لانا نقول ليس هذا على الاطلاق بل انما ينفذ ماحكم به قاض آخر اذا لم يكن مخالفا للكتاب اوالسنة المشهورة اوالاجماع وما نحن فيه مما يخالف الكتاب فلا يتصور فيه التنفيذ كما لايخفى (قوله اوجلد ميتة) اى اوغصب جلد ميتة اشار به الى ان هذا الحكم اذا اخذه من يد مالكه اومن منزله فدبغه اما لوكانت الميتة ملقاة على الطريق فاخذ جلدها فدبغها لاسبيل للمالك على الجلد وعن ابى يوسف له ان يأخذه فى هذه الصورة ايضا كما فى المنبع (قوله ولو اتلفهما ضمن) قيد بالاتلاف لانهما لو هلكا لاضمان عليه واشار باطلاق الضمان الى انه يضمن قيمة الجلد مدبوغا وقيمة الخمر خلا وهذا بالاجماع كما فى المنبع (قوله ولاشئ للمالك عليه) هذا عند ابى حنيفة وعندهما يأخذه المالك ويعطى الغاصب مثل وزن الملح من الخل ولم يقيد بالضمان وعدمه لانه لما ملكه لم يضمن فى صورة الهلاك ولا فى صورة الاستهلاك وعندهما يضمن فى الاستهلاك قيمة الخل ويعطيه المالك مازاد الملح فيه وهو المذكور فى عامة الكتب وعلى ماذكر الطحاوى ان عندهما يغرم قيمته ان لوكان الخل عصيرا (قوله ولو اتلفه لايضمن) هذا عند ابى حنيفة وعندهما يضمنه المالك قيمة الجلد مدبوغا ويعطى الغاصب مازاد الدبغ كما فى الكتب وذكر الطحاوى يضمنه قيمته ان لوكان الجلد ذكيا غير مدبوغ قلت يرى انه لامخالفة بينهما فى المآل تدبر وهنا تفاصيل فى الذخيرة (قوله ضمن بكسر معزف) هذا عند ابى حنيفة وعندهما لايضمن والخلاف فيما اذا كان لمسلم اما اذا كان لذمى يجب الضمان

﴿ بالاتفاق ﴾

بالاتفاق وفيما اذا كسره بغير اذن الامام اما اذا كسره باذنه فلا يضمن بالاتفاق وهكذا التفصيل
في اراقة سكر ومنصف كما في البرجندي والمنبع ثم لاذن الامام مدخل في كثير من الامور كما في حريق
وقع في محلة فهدم انسان دار رجل لينقطع الحريق لم يضمن ولا يأثم بخلاف هدمه من غير
الاذن فانه يضمن ولكن لااثم عليه في ذلك وهو نظير المضطر يتناول طعام الغير بغير اذنه كما في المحيط
في كتاب الغصب والسكر بفتحتين ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ماذهب نصفه بالطبخ واشتد
(قوله قيمتهما) اراد به قيمة صالحة لغير عمل اللهو اما اذا لم يصلح لعمل آخر فلا يضمن شيئا
بالاتفاق ذكره في التجنيس والحقايق (قوله ولو كان فعل جاز) اي ولو وجد ضمان المثل من
المسلم جاز (قوله وهو مقر عليه) لانا امرنا بتركهم وما يدينون اعترض عليه بانا لم نتركهم في مثل
احداث بيعة وركوب خيل وحمل سلاح واجيب بان امثالها مستثناة مما يدينون بدلائل ذكرت
في مواضعها كما استثنى الربوا بحديث الامن اربى فليس بيننا وبينه عهد وهكذا عبد الذمي
اذا ارتد فاتلفه مسلم لايضمن مع انه مال متقوم في حقه لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض فيما فيه
استخفاف بالدين كما في التكملة والمنبع (قوله والدف الذي الخ) وهو الذي لاصنجات عليه
ولا جلاجل كما في المحيط وقد رأيت في شروح الاحاديث ان دف العرس ضربه مباح وان كان
فيه الجلاجل ومن ذلك كان الاعتبار والاستعمال بما كانت فيه من غير نكير ويدخل في هذا
دف المولوي ونيه وطبل الباز القدري لما ان كلا منها لم يستعملوه لهواء النفس والفسق وان
حرمة كل منها ليست لذاته بل للمقارنة الى الفسق وتأييده وتحريكه بخلاف ماذكرناه انما
يستعمل لتحريض النفس الى ذكر الله وازدياد الوجد اذ كل منهما مشوق لا ينكر وبين مشوق
ومشوق بون بعيد بحسب المقام ولا يقاس احدهما على الآخر وتمام تحقيق هذا المبحث
في كتابات الشيخ العلوان الحموي بما لامزيد عليه (قوله والفتوى على قولهما) اطلقه فالمراد
في عدم الضمان وعدم صحة البيع كما لا يخفى (قوله حل قيد عبد الغير الخ) هذا اذا لم يكن مودعا
اما لو حل المودع قيد العبد اوفتح باب القفص يضمن بالاتفاق لانه التزم الحفظ كما في العمادية
(قوله وفي الدابة الخ) ذكر في الخلاصة انه لافرق بين فتح باب القفص وحل قيد العبد فانه
يضمن فيهما عند محمد (قوله انه وجد مالا) اطلقه فشمل ما لو كان صادقا او كاذبا فيه وعلى هذا
التعميم في صورة الضمان عند كون السلطان مغرما البتة وعليه كلام قاضيخان في فتاواه وهو
مختار المصنف وذكر في العمادية نقلا عن العدة انه اذا قال ان فلانا وجد كنزا وقد ظهر انه
كان كذبا يضمن (قوله كذا اي يضمن الساعي لو سعى بغير حق الخ) اطلقه فشمل انه لو كان
السلطان مغرما قطعا اولا ولكنه غرمه وقيد بقوله بغير حق لانه لو قال ذلك بطريق الحسبة
بان يكون لاحد حق في ذلك المال لايضمن كما في البرجندي (قوله وبه يفتى) قال في الذخيرة
وعليه الفتوى في زماننا لكثرة السعاة زجرا لهم صيانة لاموال الناس وفي القنية نقلا من (سح)
ادعى عليه انه سعى الى السلطان واخذ منه بسعايته كذا وانكر فللحاكم ان يحلف على
ذلك ولو اقام بينة فله ان يقبل وذكر في العمادية انه لو سعى الى اصحاب السلطان وقال لي عليه
حق واجب فامروه بالدفع فطالبوه بالاداء واخذوا منه الجعل فانه لايضمن وذكر في البزازية
ان الساعي لو كان عبدا فعليه الضمان بعد العتق لانه ضمان قول وذكر الخصاف في ادب
القاضي والامام المحبوبي في الجامع الصغير وهكذا في اكثر المعتبرات انه لا بأس بالهجوم على
بيت المفسدين والمروي عن اصحابنا هدم بيت فيه خمر ويراق العصير ايضا قيل ان يشتد ويقذف

زيده على من اعتاد الفسق وقد روى عن عمر رضى الله عنه احراق البيت الذى فيه الخمر وانه
هجم على نائحة فى بيتها وضربها بالدرة فسقط خمارها فتكلم عليه فقال لاحرمة لها قالوا اراد به
انه سقطت حرمتها حين اشتغلت بما لا يحل فى الشرع وعن الفقيه ابى بكر البلخى انه خرج
على شط نهر به نساء كاشفات الرؤس والذراع فقيل له كيف فعلت هذا فقال لاحرمة لهن
انما الشك فى ايمانهن كانهن حربيات قيل وانما قال ذلك استدلالا بما قاله عمر رضى الله عنه اقول
ولعل دليله انها لما سقطت حرمتهن بما اشتغلن بما لا يحل الحقن بالاماء وذكر المحبوبى الامر
بالمعروف واجب اوفرض اذا غلب على ظنه انهم يتركون الفسق بالامر ولو غلب على
ظنه انهم لا يتركون لا يكون آثما فى تركه وفى الذخيرة بعض تفصيل نقلا عن الفقيه
ابى الليث ❊ كتاب الاكراه ❊ (قوله وجه المناسبة الى قوله ظاهر) وهو ان كلا
منهما ينافى الرضاء واخره لان الاكراه قد ينافى الاختيار فهو كالمركب بالنسبة الى الغصب
(قوله وهو) اى ما اعم من القتل والمراد ايعاده بكل واحد منها وتهديده به وهو يقدر على ايقاعه
عاجلا (قوله فلا يصح ماقال فى الوقاية الخ) قال فى المبسوط الاكراه فعل يفعله المرء بغيره
فينتفى به رضاه او يفسد به اختياره من غير ان ينعدم به الاهلية فى حق المكره اويسقط عنه
الخطاب وفى الايضاح هو فعل يوجد من المكره فيحدث به فى المحل معنى يصير به مدفوعا الى
الفعل الذى طلبه منه وفى الوافى هو عبارة عن حمل الغير على امر يكرهه ولا يريد مباشرته
لولا الحمل عليه قال فى النهاية بعد نقل هذه الثلثة ولك ان تختار منها ايها شئت وقد اختار
صاحب الهداية مافى المبسوط واقتفى اثره صاحب الوقاية كما هو دأبه غالبا واوائك لم يغفلوا عما
فى المسطور فى كتب الاصول سيما مافى الفروع فالظاهر ان اولمنع الخلو لا لمنع الجمع فيظهر منه
ان الاكراه نوعان نوع ينتفى به رضاه ولا يفسد اختياره ونوع يفسد به اختياره مع انتفاء رضاه
لان انتفاء الرضاء عند فساد الاختيار يكون بالطريق الاولى ولذلك لم يتعرض له بالتصريح
فى النوع الثانى وعليه كلام صدر الشريعة فى شرح الوقاية فانظر بنظر الانصاف وايضا
ان العام لو قوبل بالخاص يراد به ما عدا ذلك الخاص وعليه قوله تعالى من كان عدو الله
وملئكته ورسله وجبريل وميكال الاية فلما قوبل فساد الاختيار بعدم الرضاء علم ان عدم الرضاء
نوعان نوع لا يفسد الاختيار عنده ونوع يفسد معه لما عرفت ان الرضاء لا يبقى عند فساد
الاختيار فظهر ان عبارة الوقاية يكون شاملة لما هو المقصود واخصر فى اداء ما هو المضبوط
ولذلك ترى صدر الشريعة قد قبلها وشرحها ثمه وحق فى حقهما ان يقال ❊ كذلك
تنشأ لينة هو عرقها ❊ وحسن نبات الارض من كرم البذر ❊ وقوله والشجرة تنبئ عن الثمرة كناية
بالشجرة عما شرحها به صدر الشريعة اولا وبالثمر عما قاله وتحقيقه الخ ثانيا يريد به ان ماقاله
اولا غير صحيح ايضا وكذا مابناه عليه ثانيا ويحتمل ان الشجرة كناية عن متن الوقاية هنا والثمرة
كناية عن شرح صدر الشريعة عليه (قوله الا يرى انه) المكره اسم مفعول متردد فيما اكره
عليه بين فرض وحظر ورخصة واراد بالحظر الحرام ويأثم فى الفرض كمن اكره بالقتل على
شرب مسكر ولو خمرا ولم يشرب عالما بسقوط حرمته بالاكراه فقتل يأثم ويوجر اى على الترك
فى الحرام والرخصة كمن اكره بالقتل على قتل مسلم ظلما ولم يقتله حتى قتل يكون مأجورا
لعمله بالعزيمة كما فى التحرير والتيسير (قوله مع بقاء اهليته) هذا تصريح بان الاكراه لا يزيل اهلية
المكره ولا يسقط عنه خطاب التكليف اذ هو بالذمة والعقل والبلوغ وذلك موجود فيه (قوله

قدرة الحامل) اى المكره اسم فاعل على تحقيق ماهدد به اى عاجلا كما فى تكميل البزدوى اوجيه الدين واطلق الحامل فشمل الصبي العاقل ومختلط العقل اذا كان مطاعا مسلطا كما فى البدايع وقوله ثم ماهدد به اعم من ان يكون صريحا اودلالة كما اذا امر الحامل بقتل شخص ظلما ولم يهدد بشيء الا ان المأمور يعلم بدلالة الحال انه لولم يقتله لقتله الامر اوقطع عضوه فانه اكراه معتبر كما فى الذخيرة قالت المراد بالعلم غالب الظن اذ العبرة لغالب ظن الفاعل لالصورة ايعاد الحامل كما لا يخفى (قوله قالوا هذا اختلاف عصرالخ) لفظ قالوا قد يكون اشارة الى اتفاق الفحول وماذكروه هو المقبول فلا بد من العمل بالمقول وقد يكون اشارة الى الاسناد الى الاغيار للاشعار بعدم ظهور الاسرار ومثل هذا يعقب بالبحث ونحوه صرح به فى الحاشية الموضية على تغيير التنقيح وماذكر هنا من قبيل الاول ولذلك لم يحتج الى تصحيح هذا المقول كما صرح به فى اكثر الشروح (قوله والثانى خوف الفاعل) اقول هذا الشرط يغنى عن الاول لان هذا الخوف لايتحقق بدون قدرة الحامل كما لا حاجة الى الشرط الثالث بعد ان اعتبر فى نوعى الاكراه كونه مفوتا لرضاه اذ لولم يكن ممتنعا منه كان راضيا فلايتحقق الاكراه كما لايخفى (قوله كون المكره به) اى ماهدد به متلف نفس على اسم فاعل وكذا موجب غم وحمله بعدم الرضاء صفة غم وقوله وهذا اشارة الى موجب غم فقط (قوله كما سيأتى) من ان الضرب مطلقا بعدم الرضاء لذى جاه وانما يعدم لغيره اذا كان شديدا (قوله باتلاف نفس حقيقة اوحكما) كتلف كل المال فانه شقيق الروح كما فى الزاهدى اوعضو ولوصغيرا كالانملة اوضرب يخاف منه التلف على نفسه اوعضو منه كما فى المنبع ومن المشايخ من يقول اذاهدد بالحبس والقيد وكان الرجل ذا مروة يشق عليه ذلك بحيث يقع فى قلبه انه لولم يفعله يموت بسبب الحبس والقيد اويذهب عضو منه فهو اكراه معتبر شرعا كما انه لوتوعدوه بالحبس فى مكان مظلم بحيث يخاف ذهاب البصر لطول مقامه فيه فهو اكراه معتبر شرعا كما فى الذخيرة وذكر فى المغنى قال بعض مشايخ بلخ ان الحبس الذى احدثه الظلمة فى زماننا اكراه معتبر شرعا لانه حبس تعذيب (قوله واما غير الملجىء) ويدخل فى هذا النوع استحسانا تهديد بحبس والده اوولده اوزوجته وكل ذى رحم محرم منه فلاينفذ به نحو بيع واقرار وهبة كما فى كشف البزدوى وغيره (قوله والاضطرار) اى الاضطرار المفهوم من قوله تعالى الا ما اضطررتم اليه يحصل بالاكراه الملجىء لان الاضطرار مخصوص بالملجىء كما فى المخمصة (قوله اثم فى هذه الصور كما فى المخمصة) وعن ابى يوسف انه لايأثم لافى هذه الصور ولافى المخمصة ثم الخلاف فيما اذا علم اباحة هذه الاشياء فى هذه الحالة اما اذا لم يعلم فامتنع لايأثم فيعذر بالجهل لان فى رفع الحرمة خفاء لمكان الاجتهاد كما فى الشروح (قوله ورخص ايضا تلفظ كلمة) كفر وهكذا سب النبي عليه السلام والسجود لغير الله تعالى صليبا اوغيره كما فى الشروح (قوله فان عادوا) اى الى الاكراه فعد اى الى طمانينة القلب لا الى اجراء كلمة الكفر والطمانينة جميعا كما زعمه البعض لان هذا يقتضى اباحة الاجراء والاجراء لايصير مباحا بل هو حرام فى كل حال لاسقوط لحرمته اصلا الا ان المبتلى عليه بالاكراه يصير معذورا فيسعه الميل اليه عند طمانينة قلبه احياء لحقه مع بقاء حرمته ابدا كما فى التكملة لايقال ان قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان يقتضى ان يكون الاجراء مباحا ايضا لانا نقول هذا استثناء من الغضب فينتفى الغضب ولايلزم من انتفائه انتفاء الحرمة فيثبت الرخصة فقط كما فى المنبع (قوله ورخص ايضا اتلاف مال مسلم واذا صبر حتى قتل صار شهيدا) كما

فى الكافى فظهر انه اخر قوله وبالصبر عليه اجر اكان شاملا لهذه الصورة ايضا ومن هذا النوع شتم المسلم لان عرضه حرام كدمه فالشتم بالاكراه رخصة والامتناع عزيمة كما فى المنبع واشار باستباحته للضرورة انه لاياثم بالاتلاف وبهذا هوالفرق بين هذا و بين تلفظ كلمة الكفر ومن ذلك قالوا هذه المسئلة تدل على ان تناول مال الغير اشد حرمة من شرب الخمر كما فى البيانية (قوله فى يصلح آلة له) اشار به الى ان الفاعل لم يكن آلة له فى الاكل والتكلم والوطئ كما فى العناية واختلفوا فيما اذا اكره على اكل مال الغير فالضمان على الفاعل كما فى شرح الطحاوى وعلى الحامل كما فى التتمة والمختار الاول كما فى عامة الشروح ولاخلاف فى عدم الضمان على الحامل اذا اكره على الفاعل باكل مال نفسه او بلبس ثوب نفسه حتى تخرق كما فى البدايع ولكن قال فى التتمة هذا ان كان جايعا اما ان كان شبعان فيرجع عليه بقيمته لانه لم يحصل للاكل منفعة كما فى تكملة البزدوى (قوله بان يلقيه عليه) اى على المال فيقتله هكذا فى اكثر النسخ الظاهر انه تصحيف من فيتلفه (قوله اى لايرخص قتل مسلم) وعلى هذا الخلاف مااذا اكره رجل على قطع يد آخر فقطع كما فى البدايع اما اذا اكره بالقتل على قطع يد نفسه وسعه القطع لانه اهون ويقاد الحامل ايضا على الاختلاف المذكور كما فى الذخيرة ولو اكره على اتلاف مال ذا وهذا فلا بأس فى اختيار احدهما والاحب اتلاف مال اغناهما وان استويا اختار الاقل وان اتلف الاكثر يضمن المأمور الزيادة والآمر قدر الاقل وان استويا اختار مال احسنهما خلقا واظهرهما جودا كما فى المقدسى (قوله فان قتله كان آثما) ويجب عليه التعزير كما فى المنبع (قوله وقال ابو يوسف لايقاد) وعلى الحامل الدية فى ماله فى ثلث سنين واعلم انه لافرق فى هذه المسئلة بين ان يكون المأمور بالغا عاقلا اومعتوها اوغلاما غير بالغ فان القود على الآمر والمأمور صار كالآلة له والعقل والبلوغ غير معتبر فى حق الآلة وانما المعتبر تحقيق الالجاء بخلاف الآمر فانه اذا كان صبيا اومجنونا اومختلط العقل لايجب القصاص على احد لان القاتل فى الحقيقة هذا الصبى اوالمجنون وهو ليس باهل لوجوب العقوبة عليه ولكن يجب على عاقلته الدية لان عمدهما خطأ كما فى المنبع اخذا من المباسيط والمحيط والبدايع (قوله الاان يعلم) هذا الاستثناء مستغنى عنه بل هو مخل لانه يقتضى استباحة القتل بعذر وليس كذلك كما لايخفى (قوله ولازنى الرجل) قيده به لان زنى المرأة رخص بالاول حتى سقط الحد والاثم عنها ولوصبرت حتى قتلت كانت مأجورة كما فى كشف البزدوى (قوله ولكن لايحد) ولايحد الحامل ايضا لان الفاعل لم يصلح ان يكون آلة له فى الزنى اقول وينبغى ان يجب العقر على الحامل وان يجب التعزير على الفاعل ولم ار من يصرح بهما (قوله وصلحه وابراؤه مديونه) حتى لواكره الزوج زوجته لتصالح من الصداق اوتبرئه كان اكراها لايصح صلحها ولاابراؤها ولوهددها بالطلاق او بالتزوج عليها او بالتسرى لايكون اكراها كما فى الخانية (قوله اوكفيله) اطلقه فشمل الكفالة بالنفس كما فى المنبع (قوله تصرفات المكره قولا) منها تسليم الشفعة فانه لايصح مع الاكراه كما فى المنبع وكذا لايصح عدم مطالبة الشفعة كما فى الخلاصة (قوله لان الاكراه مطلقا) يعنى سواء كان ملجأ اوغير ملجئ (قوله واقراره لرجل) بالف مثلا او بعقد من العقود (قوله و يملكه) اى المبيع بالاكراه على البايع ببيعه والمشترى غير مكره هذا هو المراد لان لزوم قيمته على المشترى انما هو فى هذه الصورة اما لوكان المشترى مكرها فقبض مكرها ثم تصرف فيه تصرف الملاك كالاعتاق اوالوطئ لوامة اوالتقبيل بشهوة اونحوها فهو اجازة للبيع فيلزمه الثمن كما فى البدايع (قوله

ولزمه قيمته و المكره مخير فى تضمين قيمته يوم قبض المشترى او يوم اعتاقه كما فى المقدسى بخلاف الضمان فى البيع الفاسد فانه انما هو قيمته يوم القبض لا غير و فى كون المكره مخيرا فى التضمين نظر له حيث يختار الاكثر عند التفاوت هذا (قوله نفذ البيع بان يكون ذلك منه) اجازة لذلك البيع كما فى الشروح ويحتمل ان يراد ان البيع اسم للمبادلة فاذا سلم المبيع او قبض الثمن طايعا يكون هذا بيعا مبتدأ بطريق التعاطى لا ان يكون هذا منه اجازة لذلك البيع كما فى المنبع (قوله وان قبضه مكرها) بعد كون البيع و التسليم كرها هذا هو المراد تركه اعتمادا على الفهم (قوله ولم يضمن ان هلك) ومن هذا قالوا بيع المكره يخالف البيع الفاسد فى اربع مواضع احدها انه يجوز بالاجازه و انت خبير بان هذا يؤيد ما هو الظاهر من كلام المصنف الثانى انه ينتقض تصرف المشترى فيه الثالث انه يعتبر القيمة وقت الاعتاق دون القبض الرابع ان الثمن او المثمن امانة فى يد المكره و فى الفاسد خلافهما كما فى المجتبى (قوله على الهبة) وكذا الصدقة من غير فرق كما فى الشروح (قوله فوهب كرها ودفع طوعا) حيث عقد الهبة هذا فاسدا لانافذا كما فى البيع فيوجب الملك لوجود القبض (قوله بناء على اصلنا) قال فى النهاية والعناية بناء على اصلنا ان فساد السبب لايمنع وقوع الملك بالقبض فان تصرف فيه نفذ تصرفه وعليه قيمته و ماذكره المصنف من الاصل والفرق ذكره صاحب الايضاح الكرمانى فلما كان ترتب الاحكام واختلافها بينهما بناء على هذا الاصل اختاره وترك ماذكراه لانه ظاهر فى البيع الفاسد دون الهبة اذهى ليست سببا بدون القبض ومعنى ماذكراه ان فساد السبب بعد كونه سببا لايمنع الخ وعلى مااختاره المصنف كلام الكافى و المنبع لما ذكر ولله در المصنف فى التحقيق كما لايخفى (قوله اكراه على الدفع) اى التسليم لان غرض الحامل انما هو استحقاق الموهوب له لا صورة العقد والاستحقاق لايثبت بدون التسليم فيكون التسليم داخلا فى الاكراه و اما الاستحقاق فى البيع يثبت بنفس العقد فلايدخل التسليم فى الاكراه (قوله فان ضمن الحامل رجع) ويأخذ المشترى الثمن من المالك ان كان قائما ولايسلمه المالك الى الحامل اراد بالتضمين تضمين قيمته لوقيميا وتضمين مثله لومثليا وهكذا الحال فى رجوع الحامل وذكر القيمة تمثيل كما فى المنبع (قوله وهو الغصب) هذا هو المذكور فى بعض النسخ و فى بعضها لم يذكر والمناسب للمعلل وهو القبض كما لا يخفى (قوله وان ضمن احد المشتريين) اى فى صورة الغصب بدلالة قوله فيما بعد بخلاف مالو اجاز المالك المكره الخ نعم فى المتن ايجاز مخل لان الكلام فى بيع المكره لاغير تدبر (قوله وقد تداولته الايدى) اى جرت عليه العقود (قوله بخلاف مالو اجاز) و بخلاف ما اذا اجاز المالك فى بيع الفضولى واحدا من العقود حيث يقتصر عليه لايجوز سابقه ولا لاحقه كما فى الشروح وضمير منها عائد الى العقود الدال عليها السياق سيما (قوله تداولته الايدى (قوله فيعود الكل جائزا) ونظيره اجازة الشفيع لواحد من المشترين بعد تداول الايدى فى المبيع وكذا اجازة المرتهن كما فى البيانية مفصلا (قوله و طلاقه و اعتاقه) هذا الخلاف الاكراه على الاقرار بالطلاق والعتاق ونحوهما حيث لايلزمه شئ لما انه فرق بين اقرار بهذه الاشياء و بين تحقيقها كما فى الخلاصة يؤيد هذا الفرق ان المكرهة على الارضاع اذا ارضعت ثبت حكمه و المكرهة على الاقرار بالرضاع اذا اقرت لايصح اقرارها كما فى القاعدية ولم يذكر الخلع و التدبير اكتفاء بان الطلاق اذا وقع مجانا بالاكراه فوقوعه ببدل الخلع بالطريق الاولى فلزمها البدل اذا كانت المرأة غير مكرهة والا فلا يلزمها و ان التحرير من كل وجه

اذا نفذ به فنفوذ تحرير من وجه به بالطريق الاولى فيرجع الفاعل على الحامل حالا بما نقصه التدبير وهو الثلث و بعد موته يرجع الورثة عليه ببقية قيمته وهي الثلثان كما في الخانية قيد الاكراه بوقوعه على الطلاق والعتاق لانه لو اكره على التوكيل بهما ففعل الوكيل يقع استحسانا ويرجع المكره على الحامل بقيمة العبد ونصف المهر استحسانا واراد الاعتاق قولا كما هو عليه السوق اذ او كان فعلا كاشتراء ذى رحم محرم منه حيث لا يرجع بقيمته على الحامل كما في المنيع والبدايع (قوله ان لم يطأ) اراد به حقيقة او حكما فيشمل الخلوة الصحيحة اذ لا فرق بينهما (قوله وقد تأكد ذلك) اى ما عليه بالطلاق الخ اعترض عليه بان المهر تجب بالعقد لا بالطلاق وانما هو شرط والحكم لا يضاف اليه و ايضا سقوطه بالفرقة مجرد وهم فلا اعتبار له و اجيب عنه بانا لا نسلم ان الطلاق شرط لوجوب المهر بل النكاح علة لحل المرأة و لنفس وجوبه و الطلاق علة لوجوب الاداء فلذا اضيف الحكم اليه ولئن سلم انه شرط ولكن لا نسلم ان الحكم لا يضاف اليه مطلقا بل انما لم يضف اليه اذا وجدت علة صالحة لاضافة الحكم اليها اما اذا لم توجد فالحكم يضاف اليه لانه يشابه العلة في توقف الحكم عليه على ما تقرر في الاصول فهنا قد حصل اتلاف نصف المسمى بلا عوض ولم يمكن نسبة وجوب الضمان الى العقد اذ لا تعدى فيه فينسب الى الطلاق اذ هو الواقع بالتعدى و اجيب عن الثانى بان المراعى نفس الامكان لا الوقوع وعليه انعقاد يمين من حلف ليصعدن السماء فانه مجرد وهم بالنسبة الى الحالف مع انه لم تمنع انعقادها فكذا هنا (قوله بخلاف ما اذا دخل بها) هذا اذا لم يكن المسمى اكثر من مهر المثل اما اذا كان اكثر لا يلزمه الزيادة كما في الخانية والخزانة اقول يظهر منه ان هذا يراعى في نصف المسمى ضمانا و رجوعا تدبر كما لا يخفى (قوله ونذره بتصدق شئ او اعتاق عبده ونحوهما) وكذا يمينه بان يحلف بالطلاق او الاعتاق او غير ذلك قال في الخلاصة ولو قضى بابطال طلاق المكره نفذ قضاؤه انتهى اقول وكذا اذا قضى بابطال يمينه بالطلاق ونحوه اذ لا فرق بينهما في كونهما مجتهدا فيهما ومما لا يحتمل الفسخ ومن اللاتى هزلهن جدا (قوله لانه لا يحتمل الفسخ) وضابط ذلك ان كل ما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه الاكراه من حيث منع الصحة كما في العناية وايضا كل عقد يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الاكراه وما لا يؤثر فيه لا يؤثر الاكراه وايضا ما اثر فيه شرط الخيار اثر فيه الاكراه وما لا فلا كما في القاعدية (قوله وهو من اللاتى الخ) قد ورد في الخبر ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين والنذر بمعنى اليمين وقد ورد في الخبر النذر يمين (قوله اذ لا مطالب له في الدنيا) يعنى ان المكره لا يطالب في الدنيا بالنذور حتى يطالب نفسه غيره به ولو اوجبنا عليه الضمان لاخذه الحاكم وحبسه فيه فيكون زائدا على ما اوجبه الحامل وهذا لا يجوز كما في الكافى (قوله واسلامه) اطلقه فشمل اسلام الحربى واسلام الذمى فالاول صحيح بالاجماع حتى لو ارتد والعياذ بالله تعالى يقتل كما في القاعدية والثانى صحيح عندنا استحسانا والقياس ان لا يصح وهو قول الشافعى كما في الشروح (قوله اذ وجد احد الركنين قطعا) وهو الاقرار باللسان وفي الآخر وهو التصديق بالجنان احتمال فرجعنا جانب الوجود على العدم احتياطا بخلاف الاكراه على الكفر فانه لا يثبت الكفر ولم تبن امرأته فظهر ان الاسلام اسرع وقوعا من الكفر (قوله بلا قتل) لو رجع كما لا قتل اصغار بلغوا كفارا و قد حكم باسلامهم تبعا لاحد ابويه ولكن يحبس هؤلاء والراجع الى ان يسلموا كما في المنيع (قوله خوفها الزوج) قال المقدسى ولو اكره الولى والمرأة على التزويج بمهر فيه

غبن فاحش فزال الاكراه ورضيت فالولى التفريق عند ابى حنيفة لانهم يعتبرون به انتهى اقول ولو كان الزوج كفوا لها كما هو الظاهر مذا سبته ظاهرة

﴿ كتاب الحجر ﴾

اذ المكره يصدر منه الفعل وينسب الى غيره والمحجور يصدر منه و يتوقف على غيره وفى كل منهما سلب ولاية المختار عن الجرى على موجب اختياره الا ان سلبها فى الاكراه لما كان اقوى لكونه سلبا عمن له اختيار صحيح كان بالتقديم احرى وايضا بينهما تضاد اذ فى الاول حمل الغير على فعل لايريد فعله و فى الحجر منع الغير عن فعل يريده (قوله منع نفاذ التصرف القولى) اراد به تصرفا قوليا اراده فلا يرد عليه منع تصرف القاضى نفاذ اقرار المكره لان اقرار المكره قولى لم يرده كما لا يخفى (قوله بل امر الخ) يعنى ان التصرف القولى امر يعتبره الشرع (قوله بخلاف التصرف الفعلى) لان الشان ان الافعال لامرد لها حتى ان ابن نوم لو انقلب على قارورة انسان فكسرها وجب عليه الضمان فى الحال وان عدم القصد الا اذا كان فعل يتعلق به حكم يسقط بالشبهات كالحدود و القصاص فعدم القصد يجعل فى ذلك شبهة فى حق الصبى والمجنون كما فى الكافى وغيره (قوله كان سفسطة) اى انكار الحقايق الاشياء الثابتة (قوله والجنون) اما النقصان الدماغ خلقة او الخروج مزاجه عن الاعتدال اوالاستيلاء الشيطان عليه كما فى البرجندى وفتح الغفار (قوله واحسن ما قيل فيه) قال الامام الكردرى العته آفة تنقص العقل حتى صار كلامه بين كلام المجنون و العاقل مستقيم البعض مختلط البعض وكذلك سائر افعاله كما فى الشروح البزدوى و ماذكره المصنف وحسنه تبعا للزيلعى غير خارج عن هذا ولم يتعرض له فى المتن لانه فى حال العته كالمجنون لايكلف بشئ من العبادات الا انه اذا زال العته توجه الخطاب عليه كما فى تبيين الانقانى فظهر ان المعتوه قسم من الجنون وعليه كلام عامة اهل الفروع والمذكور فى الاصول انه قسيم للمجنون وهذا من النوادر حيث خالف اصطلاحهم فى الفروع اصطلاحهم فى الاصول كما فى التكملة اقول ومن الله التوفيق ان السفيه كامل العقل ولكن لا يجرى على مقتضاه لسفه و المعتوه ناقص العقل فيكمل تارة فحينئذ يلحق بالعاقل و ينقص تارة فيلحق بالمجنون لا بالسفيه لانه ليس فى عقله نقصان اصلا فالمعتوه باعتبار الاول يكون قسيما للمجنون كما قالوا به فى الاصول وبالاعتبار الثانى يكون قسما منه كما قالوا به فى الفروع وعلى هذا الفرق ماذكر فى تبيين الانقانى حيث قال ان المعتوه فى حال العته كالمجنون لايكلف بشئ من العبادات واذا زال العته توجه الخطاب عليه انتهى (قوله و لا تملك رقبته) عطف على لاتبطل مبنى للمفعول من التفعل حذف احدى التائين اى كيلا يؤخذ رقبته ملكا للآخذ بتعلق الدين برقبته او من التفعيل والمعنى لا تملك لان التفعيل قد يجئ بمعنى التفعل (قوله فلم يصح طلاق صبى) اطلقه فشمل المميز وغيره وسواء كان باذن الولى اوغيره وقوله ومجنون مغلوب يعنى ولو باذن الولى اولا كما فى الشروح وقيد المغلوب لانه لوكان يجن تارة و يفيق اخرى فهو فى حال افاقته كالعاقل كما فى التبيين اى العاقل البالغ فيعتبر طلاقه واعتاقه حال الافاقة كما هو الظاهر واما حال المجنون الذى يعقل نحو البيع و يقصده فانه كالصبى العاقل على ما يجئ وحال المعتوه كالصبى العاقل فى تصرفاته صرح به الزيلعى فى تبيينه فظهر ان قول المصنف فيما سبق وان وجدت فى بعض الاوقات كان ناقص العقل كصبى عاقل فى تصرفاته يخالف هذا التحقيق الا انه يوافق ما فى النهاية والمنبع و بعد محل تأمل (قوله ولذا اى ولعدم وقوف الولى الخ) لايتوقفان اى لايتوقف

الطلاق على اجازة الولى ولاينفذ بما شرته اقول وتثنية الفعلين خلاف صواب نعم يمكن ان يكون بناء على تقديم تصوير المتن فحينئذ يرجع ضمير المثنى الى الطلاق والاعتاق الان مجئ هذين الفعلين تحت قوله ولذا يقتضى افرادهما كما لايخفى (قوله ولااقرارهما) اى اقرار المجنون المغلوب والصبى المحجور لان الكلام فيه ولان المأذون يصح اقراره على ماسيجئ اقول يظهر مماسبق وماسيجئ ان اقرار المجنون فى حال افاقته صحيح وان اقراره فى ضمن عقد عقله وامضاه وليه صحيح ايضا (قوله لان اعتبار الاقوال) انشائية كانت اواخبارية بالشرع كما فصل به فى الكافى قوله والاقرار بعين فى نفسه يحتمل الخ وهو من جملة الاخبارية وقوله وقبل الشارع شهادة البعض وهى من جملتها ايضا اتى به لتأييد ان الاقرار غير معتبر مطلقا فى الشرع لالبيان ان الاقرار شهادة على نفسه كما ظن لان كلا منهما نوع لايدخل تحت اخرى كما لايخفى (قوله فامكن رده) اى رد اقرار كل منهما (قوله واواقر بحد اوقود يحد) اطلقه فشمل مالوحضر مولاه اولم يحضر وان اقيم عليه بينة فحضرته شرط عندهما خلافا لابى يوسف كما فى المقدسى (قوله فى حق الدم) اقتفى فى هذه العبارة اثر صاحب الهداية فكانه اراد بالحد ماهو من قبيل الدم كحد لردته واكتفى به اشعارا بانه اذا كان مبنى على اصل الحرية فى ذلك فكونه مبنى عليه فيما لم يكن من هذا القبيل كحد لشربه الخمر اوللزنا فى الطريق الاولى و فى الكافى وعامة الشروح فى حقهما وهو الاظهر كما لايخفى (قوله واهذا) اى ولكونه مبنى على اصل الحرية فى حقهما لم يصح الخ اقتفى فى هذه العبارة اثر صاحب الكافى وهو اتى بهذه المسئلة فى الشرح بعد التعليل السابق والمصنف اتى بها فى المتن لانها لما وجدت متصلة بالتعليق السابق ربطها به كانهما من الشرح فبالنظر الى المتن افادة المسئلة وبالنظر الى الشرح مزية الافادة ولله در المصنف فى حسن الافادة (قوله اى المحجورين) وهم الصبى والمجنون والرقيق المحجور وقوله بان البيع سالب الخ اشار به الى ان المراد من نعقل العقد ليس تعقل نفس العبارة لان كل صبى اومجنون اذا لقن البيع والشراء يتلفظ بهما بل المراد تحصيل الربح وتفرقة الغبن الفاحش من اليسير فنبه مفهومه ان من لم يعقل العقد وهو المجنون المغلوب والصبى الغير المميز لا يصح عقدهما وان لحقته اجازة الولى صرح به فى النهاية وعامة الشروح وعليه كلام المصنف (قوله خير وليه) خص المصنف الولى بالقاضى ومن له ولاية التجارة فى مال الصغير كالاب والجد والوصى على ما سبق مفصلا فى فصل من ملك اهد نقلا عن شرح الطحاوى وصرح فى الدراية والمنبع هنا بان المراد بالولى هو الاب اوالجد او وصيهما اوغيرهما من العصبات اوالقاضى وسيجئ من المصنف فى آخر كتاب المأذون وفق ماسبق وعليه مافى الهداية والكافى وعامة الشروح (قوله وان اتلفوا اشيئا) اى مال الغير ادرج العبد لعدم الفرق بينه وبين الصبى والمجنون فى اعتبار التصرف الفعلى منهم لانه لم يبتن على العقل والقصد ولااذن الاخر بل هو معتبر مطلقا لم يمكن الغاؤه (قوله لكنه مرتبط بقوله ضمن) اى لكن النائم لايخاطب بالاداء الا عند القدرة اى الا اذا استيقظ وقوله وكالنائم الخ مستغنى عنه وان كان تبع فيه الزيلعى وهنا كلام طويل لبعض الفضلاء الا انا اكتفينا بهذا القدر (قوله بخلاف موجب الشرع فيستحق النهى عن ذلك العمل) وذا بالاتفاق وانما الخلاف فى ابطال حكم ذلك العمل وقوله اوالعقل اى موجب العقل والمراد موجب حكم العقل فلا يلزم تخلف الشئ عما اوجبه كما فى التكملة (قوله عند ابى حنيفة) قيد للثلثة المذكورة وهذا فى محره بناء على مخالفة الشافعى فى الكل كما فى الكافى والتبيين وبناء على مخالفة الامامين فى الكل ايضا على ماوجد

الواو بعد قوله والاقرار كما فى اكثر النسخ وان كان غير صواب لان حجر الفاسق لم يثبت عندنا لاعند ابى حنيفة ولاعند الامامين كما فى عامة الكتب واما اذا لم يكن الواو كما فى الاقل وهو الصواب وهكذا الاختلاف فى نسخ صدر الشريعة وهو مأخذ هذا الشرح فلم يكن متعرضا لخلاف الشافعى فى الدين هنا ولذلك صرح بخلافه فيه فيما سيجئ تدبر ثم انه اطلق الحجر عندهما بسفه وانما هو فى تصرفات يحتمل الفسخ نحو البيع واما ما لايحتمل الفسخ نحو العتاق والنكاح بمهر قدر مهر المثل والموافقة لوصايا اهل الصلاح من ثلث ماله والاسباب الموجبة للعقوبة كالحدود والقصاص لايحجر فيها بالاجماع ثم انه محجور فيما حجر عند محمد سواء حجره القاضى اولا وعند ابى يوسف انما هو محجور بحجره وهكذا فى الدين كما فى المنبع والتبيين والقاعدية فظهر ان فرق المصنف بقوله واذا طلب اختار منه قول محمد ثم ان تصرفه يتوقف على اجازة الحاكم اومن نصبه له كما فى المنافع والبدرية ولاولاية عليه لابيه و[illegible] كما فى البدايع واذا زال السفه يزول الحجر من غير قضاء عند محمد ويزول بقضاء عند ابى يوسف كما فى المقدسى ثم الراجح فى باب الحجر قولهما صرح به فخر الاسلام فى اصوله وقال الكمال المحقق ابن الهمام فى تحريره الاصح الى قولهما وصرح الامام قاضيخان بان الفتوى على قولهما فظهر ان اختيار المصنف قول الامام اختيار قول يفتى على خلافه (قوله والمكارى المفلس بتلف اموالهم) والمراد بالاموال على التعليل السابق مايدفعونه لاجل الكراء وعلى التعليل اللاحق وهو فات دابته الخ مايحملونه على دابته وسواء اخذ المكارى الكراء اولا فظهر ان احد التعليلين لم يدخل فى الثانى ولذلك لم يستغن بذكر الاول عن الثانى على ان الثانى مااختاره صاحب الكافى (قوله بمعنى المنع الخ) خبر لمبتدأ مقدر استئنافا فى لبيان ان يحجر المقدر فى المعطوف بمعنى الحجر الحسى لاالشرعى اى حجر هؤلاء بمعنى المنع وبهذا التصريح بعد كلامه لا بأس ان يوجد معنى الفعل المقدر فى المعطوف غير الفعل المعطوف عليه مع اتحادهما لفظا فى كلام قوم اى قوم واما اذا لم يصرح به بل احيل مغايره معنى المعطوف الى فحوى الكلام كما فى عبارة الوقاية ففى تذيكون من قبيل قوله تعالى ولله يسجد من فى السموات والارض ومثل هذا الاعتبار ليس ببعيد فى عبارات امثال الفقهاء الذين اختاروا فيها الايجاز والاختصار وقد سبق نظيره فى عبارة ابنا مع الصغير فى باب خيار العيب (قوله غير رشيد حال من فاعل بلغ) قيد به لانه لو بلغ رشيدا وطرأ عليه السفه لايمنع عنه ماله لكن بلغ رشيدا واستمر به الرشد فانه لايمنع عنه كما فى المجتبى ظاهره ان هذا على الاتفاق فى الصورتين اقول لايلزم من عدم المنع ان يكون عدم الحجر متفقا عليه ايضا بل السفيه يحجر عندهما وان طرأ عليه السفه بعد البلوغ صرح به فى الكافى (قوله ولايجوز تصرفه) اى قبل ذلك وبعده وان صار شيخا فانما اطلقه ولكن المراد عدم جوازه مطلقا عند محمد ويحجر القاضى عند ابى يوسف كما فى المنبع (قوله لا اى لايبيع القاضى عرضه وعقاره) هذا عند ابى حنيفة واما عندهما فالقاضى يأمر المديون ببيع عرضه وعقاره اولا فاذا امتنع يبيعهما القاضى العرض اولا والعقار ثانيا ثم اذا باع عرضه يترك عليه دستا من ثياب بدنه وقيل يترك دستين لئلا يقعد فى بيته ملوما محسورا اذا غسل ثيابه وذكر فى الخزانة ان الفتوى على قولهما وهكذا فى اختيار المختار فظهر ان المصنف ترك قولا يكون الفتوى عليه (قوله فبايعه اسوة للغرماء) لايأخذ ذلك العرض ولاثمنه بالتمام هذا اذا كانت الديون كلها حالة اما لو كان بعضها مؤجلا يقسم التركة بين اصحاب الحالة ثم اذا حل الاجل شاركهم صاحبه فيما قبضوا

بالحصص اوحيا وشاركهم ورثته لوميتا لان الاجل لايبطل بموت من له الدين وانما يبطل بموت من عليه الدين كما فى الجوهرة والينابيع (قوله ورفع) اى حجر الحاجر والرفع المعهود بينهم ان يحضر المدعى المحجور لاجل تصرف صدر منه مريدا عدم جوازه فاطلق القاضى الثانى بابطال حجر الاول جاز اطلاقه وصح تصرفه مطلقا واشار بان حجر الاول مجتهد فيه الى انه لوعكست الحال فى الرفع بان احضره المدعى وجرت الخصومة بينهما فى تصرف صدر منه فقضى عليه بابطال ذلك التصرف وتصحيح الحجر فانه يصير متفقا عليه فلا ينفذ ذلك التصرف ولا تصرف بعده ولوفاة هذا الشرط لاينفذ قضاء الثانى لانه فتوى لا قضاء على ما فصل به ابن النجيم فى كتاب القضاء من البحر الرائق وقوله على امضاء قاض آخر اى على الزام الحجر من قاض آخر

فصل

اى فى حد بلوغ الصبى لما كان الصغر احد اسباب الحجر لزم بيان انتهائه و بيان مايرفع الحجر عن الصغير وهذا الفصل لبيان ذلك الا ان مايرفع الحجر عنه شيئان الاول البلوغ والثانى اذن الولى والمذكور فى هذا الفصل انما هو الاول والثانى يأتى فى الكتاب الآتى بعده (قوله لكن غيره مماذكر لايكون الامع الانزال) اما الاحتلام فانه لاينفك عن الانزال غالبا والمعتبر فى هذا الباب ان يرى النائم انه جامع او باشر مقدماته فيخرج المنى بحيث يرى عند الاستيقاظ واما الاحبال والحبل والحيض فمعان تتعلق بالانزال لابالاحتلام فجعلت تلك المعانى المتعلقة به علما على البلوغ كما جعل الانزال علما عليه كما فى الهداية وشروحه فظهر ان البلوغ لايكون الابالانزال حقيقة وان عطف الانزال من قبيل عطف العام على الخاص (قوله واشد الصبى واحد لاجمع له) وقيل واحده شد كفلس وافلس واصله من شد النهار ارتفع (قوله فوجب انيدار الحكم عليه) اى على الاول للاحتياط وجه الاحتياط ان الشرع لما علق الحكم بالاحتلام بالدلائل التى ذكروها يجب بناء الحكم عليه والشرع جعل الاحتلام حدا للبلوغ وكمال العقل فناسب ان يجعل حدا للاشد ايضا والاحتلام الى هذه المدة متحقق غالبا فلا يجوز ازالة الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع احتمال عدمه تبع المصنف فيه الزيلعى وهو الاصوب كما فى التكملة مما قاله صاحب الهداية بدله للتيقن به وما وجههما صاحب الكافى لانه يرد عليه ان التيقن انما هو فى جانب الاكثر من المدد دون الاقل فيحتاج الى ارتكاب جواب ذكره بعض شراح الهداية فظهر ان من قال ما فى الهداية لعله اظهر واسلم لم يصب بل الاظهر والاسلم ما اختاره المصنف فلله دره (قوله لاشتمالها على الفصول) اى انما زيدت سنة فى حق الغلام لاشتمالها الخ كما فى النهاية (قوله التى توافق المزاج) هكذا فى النسخ ولكن الظاهر التى يوافق فصل منها المزاج كما هو الموافق للمعتبرات (قوله وبه يفتى) قال صدر الاسلام الفتوى فى زماننا يجب ان يكون على قولهما لقصر اعمار اهل زماننا انتهى (قوله واقرا بالبلوغ) اى بنحو الاحتلام اوالحيض ولوادعياه بالسن طولبا بالبينة لامكانها الا ان يكونا من البدو وبين فانهما لايطالبان بالبينة لعدم التاريخ بينهم ولوان صبيا باع واشترى وقال انا بالغ ثم قال بعد ذلك انا غير بالغ ان كان قوله فى وقت يمكن البلوغ فيه لم يلتفت الى جحوده ووقت امكانه اثنى عشر سنة كما فى شرح الحدادى لنظم البداية اقول البيع والشراء تمثيل وكذا الحكم فى غيرهما كما ان الصبية كذلك الا ان وقت الامكان فيها تمام تسع سنين (قوله وادنى مدته له اثنتا عشرة سنة) ولها تسع سنين والمراد مضى تلك المدة عليهما كما فى البرجندى نقلا عن المنتقى وعن فتاوى النسفى ثم انه يشترط لصحة الاقرار منهما شرط آخر وهو ان لايكون بحال لايحتلم مثله عادة

فحينئذ لا يصح اقراره بالبلوغ كما في الوهبانية وكما في الغاية

﴿ كتاب المأذون ﴾

ذكره بعد الحجر ظاهر المناسبة اذ هو مرتب على الحجر ولذلك عول في التعريف عليه والمراد المأذون له واللفظ اذا كثر استعماله يجوز حذف صلته كالمختلف والمتفق والمشترك اى المختلف فيه والمتفق عليه والمشترك فيه (قوله اى حق المولى وهو المنع الثابت للمولى قبل الاذن) والمراد بالمنع منع عن التصرف وقوله تعلق حق المولى الخ مبتدأ وجملة صار خبره والمراد بالمنع منع كونه مالكا للتصرفات ولما كان الرق باقيا كان الحجر بعد الاذن امتناعا عن الاسقاط فيما لم يوجد بعد فلا يرد عليه انه لو كان اسقاطا لحقه لما ملك منعه اذ الساقط لا يعود تدبر كما لا يخفى (قوله فيتصرف) اذا اذن المولى لعبده ولم يعلم العبد ولكن وقع تصرفه هل يصح وفيه اختلاف سيجئ تفصيله في مسائل شتى من كتاب القضاء ان شاء الله تعالى (قوله ولا يتخصص بنوع) وان نهاه عن غيره ولا بمكان بل يعم الاماكن كلها كما في النهاية (قوله فانه اذن بشراء ما لابد منه) في هذا العمل وهو نوع فكان مأذونا في الانواع كلها كما في الكافي (قوله لانه استخدام لا اذن) ولو صار مأذونا بهذا القدر يتعذر على الموالى استخدام المماليك في حوائجهم كما في الكافي (قوله يبيع عبده ملك الاجنبي) تبع فيه الزيلعي واستقر عليه صاحب التقرير وقبله ابن النجيم في تعليق انواره والمذكور في الهداية والكافي والمنبع وغيرها ان سكوته عند بيعه اذن سواء كان المبيع ملكا للمولى او لغيره باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا وعليه اطلاق الاصوليين وتعميم ما اتو بدليل فيه وهو ان سكوته اذن لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا لمنعه دفعا للضرر عنهم اذ لا فرق فيه ان يكون المبيع ملكا للمولى او لغيره واجمعوا على انه لا يكون مأذونا في التصرف الذى رآه وانما يكون مأذونا فيما بعده كما في المنبع وغيره ثم عبارة قاضيخان في فتاواه اذا رأى المولى عبده يبيع عينا من اعيان المالك فسكت لم يكن اذنا قال صاحب التكملة الظاهر ان مراده لم يكن اذنا في هذا العقد لا فيه ولا فيما بعده من العقود وايده بما نص عليه محمد في الاصل واذا رأى عبده يبيع عينا من اعيان ماله فسكت يصير مأذونا في التجارة ولكن لا يجوز بيعه مال المولى فالوجه حمل كلام قاضيخان على ما ذكره لا على ما فهمه الزيلعي انتهى خلاصة كلامه فحينئذ لا يكون مخالفة بينهم و يستقر الامر على ما ذكره صاحب الهداية والكافي ويكون كلام المصنف مبنيا على ما فهمه الزيلعي قلت ان توجيه صاحب التكملة يرى صوابا كما لا يخفى على من تتبع كلمات الكمل (قوله ويشترى ما اراد) اطلقه فشمل انه اشتراه لنفسه او لمولاه فيصير به مأذونا كما في البدايع وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان انه راض به اولا والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان كما في شرح الهداية ولا يلزم منه ان يكون مأذونا في التصرف الذى رآه لما سبق انه خلاف ما اجمع عليه وعليه ما نقله من الاشتروشنية الحاصل ان اثر سكوته لا يظهر في التصرف الذى رآه وانما يصير مأذونا فيما يستقبل صرح به في الايضاح (قوله وعلى هذا الخلاف) بل عليه كل من لا يجوز تبرعه كالمكاتب والمعتوه المأذون (قوله ويوكل بهما) وذكر في المنبع وغيره ان له ان يتوكل عن غيره بالبيع بالاجماع و يكون العهدة عليه ولو توكل عن غيره بالشراء ان نقدا جاز استحسانا ودفع الموكل الثمن اليه اولا و يكون العهدة عليه ونسيئة لم يجز فكان الشراء للعبد دون الموكل لان النسيئة تستلزم الكفالة وهو لا يملكها وان اذن له المولى بها كما في الذخيرة (قوله اى يأخذها قبالة) اى متفوضا الارض من السلطان في المغرب وقع في معنى القبالة المزارعة بدل الاستيجار والمصنف

بداهابه لئلايلزم التكرار فى قوله ويأخذها مزارعة (قوله و يستأجر اجيرا) وكذا يستأجر بيتاودابة وغيرهااذفى التجارة يحتاج الى ذلك كما فى البرجندى (قوله ويشارك عنانا) قيدبه لان هذا حكم فساد المفاوضة ثم ما اشتراه المأذون بالنقد يكون من مال الشركة و بالنسئة يكون له خاصة لانه يتضمن الكفالة وهو لايملكها كما فى الذخيرة وذكر فى النهاية ان المولى اذن الشراء بالنسئة فى الشركة جاز نقلا عن المبسوط(قوله و يقر بدين) اطلقه فشمل مالوكان عليه دين اولم يكن وصحيحا كان اومريضا و يقدم ما اقربه فى صحته كما فى الحر والاقرار بالدين ليس باحتراز عن الاقرار بالعين بل يجوز اقراره بالعين وان لم يكن فى يده على طريق الوديعة كما فى البدايع (قوله وولد) اى ابن و بنت و والد اى اب وام اذ فى مثله يراد من له هذا الوصف فلايخرج عنه المؤنث صرح به بعض الشراح فى نحو كتاب المكاتب وباب المدبر على ان المراد بالولد الفرع و بالوالد الاصل وان سفل اوعلى كما فى الشروح (قوله و يهدى طعاما يسيرا) قيدبه لانه لووهب سوى الطعام قدر درهم فصاعدا لم يجز وان اجاز المولى فيه وعليه دين لم يجز والاجاز كما فى الاصل (قوله و يضيف من يطعمه) تبع فيه الهداية والمذكور فى الذخيرة له ان يتخذ ضيافة يسيرة دون عظيمة مطلقا استحبابا وفى التاتارخانية وغيره عن محمد بن سلمه من كان مال تجارته عشرة آلاف درهم فاتخذ ضيافة بعشرة دراهم كانت يسيرة وان كان مال تجارته عشرة دراهم مثلا فاتخذ ضيافة بقدر دانق فذلك كثير عرفا وروى انه عليه السلام كان يجيب دعوة العبد اى المأذون لان المحجور يمنع من ذلك وعن ابى يوسف ان المحجور لودفع له مولاه قوت يومه فدعا رفيقاله فلابأس به بخلاف مالودفع مولاه قوت شهر لانه لوتم قبل شهر لتضرر المولى قالوا وللمرأة ان تتصدق من منزل زوجها بيسير كرغيف بغير اذن الزوج وكذلك الامة بغير اذن مولاها للعادة به ومنعه عليه السلام فى حجة الوداع انها لاتخرج من بيت زوجها بغير اذنه مالا ولو طعاما محمول على الطعام المدخر كالحنطة ودقيقها واما فى غيره فتصدق به على رسم العادة وذايكون باذن الزوج عرفا وذكر فى المغنى الاب والوصى لايملكان فى مال الصغير مايملك المأذون من اتخاذ الضيافة اليسيرة والهدية اليسيرة والعبد المحجور لايملك ذلك (قوله مثل ما يحط التجار) اشار به الى ان المراد بالحط من الثمن الحط المتعارف بينهم لامطلقا اذلوكان اكثر من العادة يكون تبرعا وليس من صنعهم هكذا فى التبيين والمقدسى وغيرهما ولم يقل احد ان ما كان اكثر جاز عند ابى حنيفة ولم يجز عندهما سوى صاحب البدايع قال به تفقها واعتبارا على بيعه و شرائه ولو بغبن فاحش عنده لاعندهما اشار اليه فى كتابه ولكنه لم يصب لانه مخالف لروى من غير خلاف ولاتفقه فى خلاف المروى ولم يعتبر ولوصدر من المجتهد فى المسائل كالطحاوى والقاضيخان فكيف من صاحب البدايع ومثل هذا قدوقع منه لايخفى على من تتبع كتابه (قوله ولايتسرى) اى جارية ولوكانت من اكسابه لانه لاملك للعبد حقيقة وحل الوطئ منوط على احد الملكين ملك اليمين وملك النكاح الثانى منتف والاول محال للعبد لانه مملوك فيستحيل ان يكون مالكا وبالاذن لايخرج عن كونه مملوكا فلايندفع الاستحالة كما فى البدايع شرح التحفة (قوله ولايزوج رقيقه) اى المأذون لايزوج عبده بالاجماع خلافا لابى يوسف فى تزويج الامة وعلى هذا الخلاف صبى ومعتوه اذن لهما ومضارب وشريك مطلقا وكذا الاب والوصى كما فى الهداية فى هذا الكتاب وذكر فى كتاب المكاتب من غير خلاف ان لهما تزويج امة الصغير وهو الموافق لما فى المبسوط

والتتمة ومختصر الكافي واحكام الصغار فيكون ماذكر في كتاب المكاتب اصح لموافقته عامة الروايات كما في المنبع والعناية وقال الامام حسام الدين الاخسيكتي ان ما اطلقه في كتاب المكاتب يحمل على ما ذكره هنا اويجعل في المسئلة روايتان وذكر في الكافي انه يحتمل ان يكون في المسئلة روايتان فظهر ان ماقاله الزيلعي من ان صاحب الهداية سهى هنا وتبعه المقدسي ليس كما ينبغي كما لايخفى (قوله ولايكاتبه) اطلقه ولكنه اذا كاتبه ولم يكن عليه دين فاجازه المولى صار مكاتبا للمولى وولاية قبض البدل للمولى وسائر حقوق الكتابة راجعة اليه ولو لحق المأذون بعد ذلك دين فلاحق للغرماء على المكاتب وان كان عليه دين محيط برقبته وبما في يده فكاتبه لم يصح اجازة المولى عند ابي حنيفة وعندهما يصح ويضمن المولى قيمته للغرماء وما قبض المأذون من بدل الكتابة قبل الاجازة يستوفى منه الدين لتعلق حق للغرماء به وان لم يحط الدين بهما جازت اجازته بالاجماع كما في البدايع واشار بعدم الكتابة له الى انه لو كاتبه واخذ بدلها قبل اجازة المولى لم يعتق المكاتب كالوادى المكاتب البدل الى المولى قبل الاجازة ثم اجاز المولى لايعتق وسلم المقبوض للمولى لانه كسب عبده كما في التبيين والمنبع اقول ينبغي ان يعتق بعد الاجازة بقبض مثل البدل من المكاتب لعدم تعين البدل كما لايخفى (قوله ولايعتق) اطلقه ولكنه يجرى فيه مايجرى في الكتابة من غير فرق الا فيما اذا اعتقه فاجازه المولى يعتق عندهما ويضمن المولى قيمته للغرماء ولاسبيل لهم على العوض لانه كسب الحر لاكسب الرقيق بخلاف بدل الكتابة على ماسبق (قوله ولايقرض) اشاربه الى ان له الاستقراض لانه منفعة وتجارة حقيقة (قوله ولايهب) اراد به سوى الطعام اليسير وما كان اقل من درهم (قوله ولايكفل) يريد به ان الاذن في التجارة لايشمل الاذن بالكفالة بخلاف اذن المولى بالكفالة بخصوصها فحينئذ يجوز كفالته ان لم يكن عليه دين وان كان عليه دين لايجوز كما في الخلاصة قال بعض الفضلاء هذا بالنظر الى كونه مؤاخذا في حال مأذونيته واما بالنظر الى كونه مؤاخذا بها بعد العتق فتصح مطلقا (قوله دين وجب بتجارة الخ) سواء ثبت باقراره او بالبينة من غير اشتراط حضور المولى عند اقامتها على المأذون لان الشهادة عليه لاعلى المولى بخلاف المحجور اذ فيه لابد من الحضور لان الشهادة على المولى (قوله كبيع وشراء الخ) تمثيل منشور على طريق اللف السابق تبع فيه صاحب الهداية والكافي ولم يذكر امثلة كل نوع عند ذكره لان الاجارة والاستيجار من النوع الاول كما في البدايع ومن النوع الثاني كما في النهاية فناسب الابهام في مثله مالم يكن حسم لاحد الطرفين كما لايخفى (قوله يتعلق برقبته) قدمه في الذكر مع ان البدأ بالاستيفاء يقدم في الكسب لان في هذا التعلق خلاف الشافعي وزفر وكل مافيه خلاف يكون بيانه اهم ومايكون بيانه اهم يكون اولى بالتقديم صرح به في موضعه نعم لم يراع هذا فيما اتهب مع ان فيه خلاف زفر لانه ليس بضابط كلي حتى يراعى في الافراد كلها ولانه من قبيل الكسب من وجه وهو الاتهاب والقبض فاقتضى ان يذكره بعده بل ناسب ان لايذكر اصلا لدخوله فيه الا انه لما خالف فيه افرده بالذكر عقيبه كما لايخفى (قوله تباع) اي الرقبة يعني يبيع القاضي العبد نفسه اذا طلب الغرماء البيع ولم يف ما في يده ديونهم ولم يقضها مولاه وكانت حالة امالو كان بعضها مؤجلا وطلب اصحاب الحال البيع باعه القاضي ويعطي اصحاب الحال حصتهم ويمسك حصة صاحب المؤجل الى حلوله كما يمسك حصة من غاب منهم كما في البدايع اقول وقد سبق في المفلس عن الينابيع والجوهرة انه يعطي الكل

لاصحاب الحال فاذا حل الاجل قيل له شاركهم فيما قبضوا فيقتسمونه بالحصص ولايطالب المولى بالدين الفاضل و يتبع العبد به بعد العتق كما فى البدايع وقالوا ولايعجل القاضى بيعه لاحتمال ان يكون له مال يأتيه اودين يقتضيه فيتلوم قدرمايرى وعن ابى بكر البلخى تقديره بثلثة ايام كما فى المقدسى واشار ببيع القاضى الى ان المولى لو باع العبد المديون لايجوز الا اذا باعه باذن الغرماء او بقضاء الدين او باذن القاضى بالبيع للغرماء و لو باع لاينفذ الا اذا وصل بدل الثمن اليهم كما فى المنبع (قوله ولايباع ثانيا) ولو اشتراه مولاه لان هذا ملك جديد بسبب جديد وتبدل الملك كتبدل العين حكما فصار كانه عبد آخر كما فى التبيين (قوله ولمولاه اخذ غلة مثله) اى وللمولى ان يأخذ ضريبة المثل التى ضرب بها على عبده مثل عشرة دراهم ضرب بها عليه فى كل شهر مثلا وكسبه اكثر منه فيه فهو يأخذها بعد الدين كما كان يأخذها قبل الدين كما فى التبيين وغيره والضمير المجرور فى مثله عائد الى العبد المأذون (قوله ولاضرورة فيها) اى فى الفضل وتأنيثه باعتبار معنى الزيادة ومثل هذا الاعتبار مستفيض يعتبر وان خلا عن النكتة ومأخذ هذا الشرح بعبارته الكافى (قوله لايحجر حتى لو بايعوه جاز) ولو بايعه الذى علم بحجره لان الحجر لايتجزى كالاذن وقوله ان المعتبر اشتهار الحجر حتى لو حجر عليه فى بيته بحضر اكثر اهل سوقه يحجر لان اهل عين السوق ليس بمقصود كما فى الكافى وغيره (قوله ثم حجر عليه بمعرفته) اى بمعرفة العبد مشافهة كانت اوغيرها متعلق بحجر لابيحجر كما ظن اذ لاحاجة اليه بعد استقامة الاول (قوله فكان حجرا عليه دلالة) والاذن الصريح فى الابتداء لم يقتض وجود الاذن حال الاباق وانما يعرف بقاؤه باستصحاب الحال و ذا حجة ضعيفة لايقابل الدلالة فترجح الدلالة عليه و لو عاد من اباقه هل يعود الاذن لم يذكر محمد والصحيح انه لايعود هكذا فى عامة الشروح فظهر ان ماقاله المقدسى و لوعاد عاد الاذن فى الصحيح سهو كما لا يخفى (قوله وجنونه مطبقا) وهكذا جنون المأذون مطبقا و لحوقه بدار الحرب مرتدا الا ان المولى لو افاق يعود مأذونا كالموكل اذا افاق تعود وكالة وكيله بخلاف افاقة المأذون حيث لايعود مأذونا كما فى البدايع و السنة ومافوقها مطبق و مادونها لا عند محمد و اكثر السنة مطبق عند ابى يوسف و قيد باللحوق لانه لوارتد ولم يلحق بدار الحرب فتصرفاته بعد الردة نافذة عندهما وموقوفة عنده كما فى الذخيرة (قوله واستيلادها استحسانا) وعند زفر لاتحجر وهو القياس لان الاذن ابتداء فى المستولدة صحيح وكذا بقاء وجه الاستحسان ماذكره المصنف وقال المحبوبى وتأويل المسئلة على ماعند علمائنا الثلثة اذا استولدها من غير تصريح بحجرها اما اذا استولدها ثم قال لاارىد الحجر عليها بقيت على اذنها كما فى المنبع (قوله صح اقراره الخ) هذا عند ابى حنيفة وهو الاستحسان وماقالاه وهو القياس (قوله ان مامعه) اى بان مامعه وذكر فى الشروح هنا مسائل اجماعية تبين منها محل النزاع وهى ان اقراره بعد الحجر لايتعلق برقبته وان لم يف ما فى يده لما اقر به وان دينه لوكان وقت الاذن مستغرقا لما فى يده فاقر بعد الحجر بدين آخر لايصدق فيه وانه لوكان الحجر عليه بسبب ان المولى باعه من آخر ثم اقر فى يد المشترى بدين عليه لايصدق عليه و انه لو كان ما فى يده مالا حصل بالاحتطاب و الاصطياد و نحوه فاقر به لغيره لايصدق و ان المولى اذا اخذ بعد الحجر عليه من يده من مال كسبه ثم اقر بشئ من ذلك لايصدق فهذه المسائل الخمس كلها اتفاقية لانزاع فيها وانت خبير بان هذه المسائل كلها يصلح مقيسا عليها لهما الا ان ماذكر لابى حنيفة من التعليل يصلح جوابا عنها كما لايخفى (قوله فلم يعتق عبدا) اى

لم يصح اعتاق المولى عبد ذلك المأذون و كذلك لم يصح بيعه الا ان يبيعه باذن الغرماء كلهم او بان القاضي بالبيع للغرماء او بقضاء الدين كما في البدايع (قوله وعليه قيمته) لوموسرا و يسعى العتيق لومعسرا ثم يرجع على المولى وكذلك لوقال لعبد ذلك المأذون هذا ابني ومثله يولد لمثله و هو مجهول النسب لايعتق ولايثبت النسب عنده اما عندهما يعتق ويثبت النسب و يضمن المولى قيمته للغرماء لومعسرا و يسعى العتيق لوموسرا ثم يرجع عليه هذا اذا لم يولد العبد عند المأذون اما اذا ولد عند المأذون وادعاه المولى صح لان دعوة الاستيلاد صحيحة عند ابي حنيفة دون دعوة التحرير في رقيق المأذون كما في المنبع (قوله ويبيع من مولاه الخ) عطف على لم يعتق اى يبيع المأذون الشامل دينه و رقبته (قوله بمثل القيمة) قيد به اشارة الى انه لوكان الثمن اكثر يكون جوازه بالطريق الاولى و الى انه لو باع منه و لو بغبن يسير لايجوز بل يفسد العقد ولذا اطلق النقصان في الشرح هذا عند الامام وعندهما يجوز مطلقا الا ان المولى يؤمر بازالة الغبن او بنقض العقد قال في الكافي هذا قول بعض المشايخ وقيل الصحيح ان قوله كقولهما وقال في النهاية وقوله في الاصح كقولهما من غير صيغة التمريض و هكذا صرح به الزيلعي وماذكره المصنف تبعا لصاحب الهداية في الاختيار رواية مبسوط شيخ الاسلام وما صححوه رواية المبسوط (قوله و يبيع مولاه منه به) و انما اعتبر في هذه الصورة وفيما قبلها كونه مديونا لانه اذا لم يكن عليه دين لايجوز بيع العبد المأذون شيئا من مولاه ولايبيع مولاه شيئا منه نص عليه صاحب النهاية مفصلا نقلا عن المغني ومبسوط شيخ الاسلام وشرح الطحاوي (قوله و بالاقل) لاحاجة الى ذكره كما لاحاجة الى ذكر الاكثر في المسئلة السابقة (قوله ولو باع المولى منه بالاكثر حط الخ) اطلاق الحط والفسخ هنا من غير ذكر الخلاف بين علمائنا الثلثة وقع على اختيار رواية المبسوط لشمس الائمة السرخسي اما على رواية مبسوط شيخ الاسلام فهذا البيع لايجوز اصلا عند ابي حنيفة و يجوز عندهما مع امر التخيير كما في النهاية فيظهر من هذا ان المصنف اختار رواية السرخسي وليس مراده فيما يفهم من قيدي المسئلتين السابقتين عدم الجواز والفساد بل يحمل على انه لاينعقد فيه باتا فيؤمر بازالة الغبن او الفسخ في مفهوم الاولى و بازالة المحاباة او الفسخ في مفهوم الثانية كما لا يخفى (قوله ولايجب له على عبده دين) لان المولى لايستوجب الدين على عبده هذا اذا كان الثمن دينا اما اذا كان عرضا فلايبطل فيكون المولى احق به من الغرماء فيكون ذلك كمال اودعه عند عبده كما في الشروح (قوله مديونا) سواء كان الدين محيطا اولم يكن كما في صدر الشريعة والايضاح وسواء كان بسبب التجارة او الغصب وجحود الوديعة او اتلاف المال وسواء علم المولى بالدين او لم يعلم كما في النهاية وماوقع في كلام الزيلعي من كون العبد مستغرقا بالدين ليس للاحتراز لمادل عليه سوق كلامه حتى يفهم منه انه لم يصح اعتاقه مديونا غير مستغرق كما لم يفهم من كلام المصنف انه لم يصح اعتاقه لو غير مديون بل اعتاقه في كلام المفهومين بالطريق الاولى كما لا يخفى (قوله وضمن المولى للغرماء) دفعا لضررهم الا اذا كان المأذون المديون مدبرا اوام ولد لعدم تعلق حقهم برقبتهما لخروجهما عن احتمال الاستيفاء بالبيع كما في الشروح (قوله وذا) اى المأذون المعتق (قوله بيع عبد مأذون له) اى باقل من قيمته هذا هو المراد اما لو باعه بقيمته او باكثر وقبض كل منهما فلا فائدة في التضمين ولكن يدفع الثمن الى الغريم كما في شرح الجامع الصغير لابي الليث و ايضا المراد بيعه بغير امر القاضي او الغرماء اذ لو كان بامر احدهما لاضمان على المولى (قوله اجاز الغريم) لم يتعرض الى ان هذا البيع باطل ام فاسد ام موقوف لما ان المصرح في الاصل انه باطل ولكن اول بعضهم

بانه سيبطل لان هذا البيع موقوف على الغرماء و بعضهم ان معناه فاسد والراجح كونه موقوفا وعليه اشارة قوله اجاز وقيد المسئلة بالتغييب لان الغرماء لوقدروا على العبد كان لهم ابطال البيع الا ان تقضى ديونهم كما فى الغاية (قوله رجع على الغريم) قال الفقيه ابو الليث يعنى اذا قبله بقضاء القاضى لان القاضى لما رده فقد فسخ العقد فيما بينهما فعاد الى الحال الاول كما فى البيانية اقول قضاء القاضى بالرد شرط فى الرجوع لماسبق فى خيار العيب ان البايع الثانى لو قبل برضاه من غير قضاء لايرجع على البايع الاول ومن ذلك اهمل عن هذا القيد هنا حوالة على ثمه (قوله وايهما اختار) مرتبط بماقبل مسئلة الرد يعنى اذا اختار الغريم تضمين البايع او المشترى برئ الآخر وان كان من اختاره مفلسا (قوله اى العبد المغيب) من التغييب لم يقل الغائب لان غيبته لم تكن باختياره وصنعه (قوله لان حقهم) اى حق الغرماء و الظاهر افراد الضمير لان المرجع ذكر مفردا الا ان الواحد المعرف بلام الجنس قد يراد به الكثير كما ان الجمع المعرف قد يراد به الواحد صرح به فى محله و لا منع لان يراد بالمفرد هنا الكثير هذا غاية التوجيه ولكن سبك الشرح ليس كسبك المتن وذا كثير من المصنف نبه عليه غير واحد (قوله فبيع له) اذ الثمن قد يكون اكثر من القيمة فيصل اليه بعض حقه فوق قدر القيمة بل يحتمل ان توافقا كما لا يخفى وقوله اذ لم يصل اليه هكذا فى بعض النسخ وهو الموافق للمنقول عنه و هو لانه لم يصل الى آخره و المناسب للمحل اذ هو تعليل للبيع (قوله معلما دينه) فائدة الاعلام سقوط خيار المشترى فى الرد بعيب الدين ليكون البيع بينهما لازما وذلك لايوجب اللزوم فى حق الغرماء ولذلك قال فللغريم (قوله او نقض البيع) والاستسعاء الى ان يحصل له تمام حقه (قوله ولا محاباة) هذا قيد مستغنى عنه هنا لانه لما وفى ثمنه بالدين لم يكن للغريم سبيل الى رد البيع سواء كان بالمحاباة اولا لان الخسران من المحاباة حينئذ انما يكون على المولى ولا ضرر للغريم عليه فيه كما لا يخفى (قوله ولا يخاصم الغريم الخ) هذا عند ابى حنيفة ومحمد اما عند ابى يوسف يكون خصما وقضى للغريم بدينه كما فى الهداية قيد بالانكار لانه لو صدقه فللغريم رد البيع اتفاقا ان لم يف الثمن بالدين وقيد بكون الغائب بايعا اذ لو كان مشتريا لم يكن البايع خصما فى حق العبد اتفاقا لكن للغريم تضمينه القيمة فحينئذ يستقر البيع ويسلم الثمن للبايع و اشار بتصوير المسئلة الى ان الغريم لو اجاز البيع يلزم البيع مطلقا ويكون الثمن له اذ الاذن اللاحق كالسابق كما فى الشروح (قوله اشترى عبد وباع) اى عبد مسلم هذا هو المراد كما فى الايضاح وعليه قوله الاتى لان امور المسلمين محمولة على الصلاح وقوله ساكتا الخ ليس للاحتراز بالنسبة الى تصريح الاذن بل للاشعار الى انه لو اخبر بالاذن يكون مأذونا بالطريق الاولى (قوله عدلا كان اولا) وفى شرح الطحاوى الخبر ثلاثة خبر فى الديانة شرط له العدالة دون العدد كشهادة هلال رمضان وخبر فى الشهادة شرط له العدالة والعدد وخبر فى المعاملة لم يشترط فيه واحد لئلا يضيق الامر لان فيه ضرورة و بلوى اذ الاذن لا بد منه لصحة تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن و الاصل ان ماضاق امره اتسع حكمه وماعمت بليته سقطت قضيته وكذا الوكالة والمضاربة والشركة والبضاعة ونحوها انتهى (قوله دفعا للضرر عن الناس) فلم يشترط الاخبار واكتفى بظاهر حاله مالم يظهر خلاف ذلك ولزمته الديون فيستوفى من كسبه كما فى المقدسى (قوله ولا يباع) اى المأذون السابق آنفا فيظهر ان دين هذا المأذون لا يتعلق برقبته مالم يقر مولاه بالاذن اولم يثبت عليه (قوله او اثبته الغريم) اى على المولى كما هو المراد قيد به لانه لوكان غائبا وانكر العبد اذنه واثبت عليه لا تقبل البينة

لان العبد ليس بخصم فى رقبته ولو اقر العبد بدين فباع القاضى اكسابه وقضى دين الغرماء فجاء المولى وانكر الاذن يكلف الغرماء باقامة البينة عليه فان برهنوا فيها والا رد واجيع ما اخذ وا من ثمن اكسابه ولا ينقض البيوع الجارية من القاضى لان له ولاية بيع مال الغائب ويؤخر حق الغرماء لما بعد العتق قال به الاتقانى نقلا عن شيخ الاسلام خواهرزاده (قوله والاتهاب) اى قبول الهبة وقبضها (قوله وان ضرلا) اى لا يصح قال الامام السرخسى هذا عند عدم الضرورة اما اذا احتيج اليه فهو مشروع كما اذا اسلمت امرأته وعرض عليه الاسلام وابى فرق بينهما وهذا طلاق عند ابى حنيفة ومحمد وكما اذا ارتد وقعت الفرقة بينه وبين امرأته وهو طلاق عند بعض المشايخ وكما اذا كاتب الوصى نصيب الصغير من العبد المشترك واستوفى البدل صار معتقا نصيبه فيلزم عليه ضمان قيمة نصيب الشريك او موسرا وهذا الضمان لا يجب الا بالاعتاق كما فى كشف اصول البزدوى (قوله ثم وصيه) اى وصى الاب والمراد وصى صبى عينه الاب والاضافة لادنى ملابسة وهكذا فى غيره وفسر الجد باب الاب لان اب الام ليس بولى (قوله دون الام اووصيهما) فلا يصح الاذن منهما كالعم والاخ وكذا امير الشرط اذ ليس لهم تصرف فى ماله تجارة فلا يأذنوا فيه ولا لابن المعتوه ان يأذن لابيه ولا ان يتصرف فى ماله كما فى المقدسى وذكر فى الخزانة انه لو اذن القاضى لصبى فى التجارة وله اب او وصى فابيا ذلك ولم يرضيا فهو مأذون وهكذا فى الخلاصة اقول ينبغى ان يكون هذا بناء على تعنت الاب وتقصيره والا فالترتيب المذكور معتبر كما فى عامة الكتب (قوله ولو اقرا) اى الصبى المأذون والمعتوه المأذون وهو المراد لما عليه السوق ولم يقيدهما المصنف اعتمادا على السوق وكلامه عليه فى الشرح كما لا يخفى

﴿ كتاب الوكالة ﴾

(قوله وهى لغة الحفظ الخ) الوكيل فعيل لو كان بمعنى الفاعل يكون معناه حافظا ولو بمعنى المفعول يكون موكولا اليه اى مفوضا اليه والتوكيل التفويض هذا هو المذكور فى الجوهرى والمصباح المنير وكلا المعنيين مرعيان فى الوكالة الشرعية لان الموكل فوض امره الى الوكيل واعتمد عليه وهو يحفظ ماله وقد قيل ان اطلاق الوكالة على الحفظ لغة من قبيل اطلاق اسم السبب على المسبب كما فى البرجندى فظهر ان عد المصنف معنى الحفظ اصلا واتيان معنى التفويض بالقيل ليس كما ينبغى وان تبع فيه صاحب الكافى (قوله تفويض التصرف) اى المعلوم ولذلك اورده معرفا حتى لو لم يكن التصرف معلوما بان قال وكلتك بمالى او انت وكيلى فى كل شئ يثبت به ادنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقط كما فى فتح القدير نقلا عن المبسوط والامام المحبوبى (قوله بلا دخل له) اى للرسول (قوله اهل تصرف) اى فى الجملة فلا يرد ان يلزم كون الموكل مالكا للتصرف فيما وكل الوكيل به ولذلك فرع عليه صحة توكيل المسلم الخ وكذا تفرع عليه صحة التوكيل ببيع الآبق مع ان الموكل لم يجز له بيعه وصحة توكيل المحرم حلالا ببيع الصيد مع ان المحرم لم يملكه ومن عرف التصرف اراد به ذلك التصرف نظرا الى اصل التصرف وان امتنع لعارض فحينئذ يتفرع عليه صحة توكيل المسلم الخ بناء على ان بيع الخمر يجوز من المسلم فى الاصل وانما امتنع بعارض النهى وهكذا فى غيره ولكل وجهة كما لا يخفى (قوله لاستلزامها بطلان توكيل) ظاهر كلام المصنف ان هذا الشرط متفق عليه وعليه ظاهر الهداية وعبارات المتون ولكن نقل فى الشروح بانه قيل هذا عندهما واما عند ابى حنيفة فالشرط ان يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل سواء كان الموكل مالكا لهذا التصرف اولا فحينئذ يجوز عنده من غير

توجيه توكيل المسلم الذمى ببيع الخمر وشرائه فيظهر من هذا وماسبق ان هذا التوكيل اهم في شانه في الدخول في بيان شرط جواز التوكيل ولذلك افرده بالذكر ولم يكتف بشمول اطلاق قوله والحر البالغ ومثل هذا لايبعد حشوا كما لايخفى (قوله والحر) اى وصح ايضا توكيل الحر ولم يقيد بكونه عاقلا لان التوكيل فعل اختيارى يقتضى القصد الصحيح الناشى من العقل وليس للمجنون ذلك فلم يحتج الى التقييد به اولان الغالب فى الانسان كونه عاقلا اولان اشتراط العقل فى مثله مما يعرفه كل احد (قوله مثلهما) لم يرد المثلية فى المأذونية والبالغية لانه حينئذ انما يتناول الصورتين وبتعميم المأذون يحصل خمس صور فظهر انه اراد المثلية فى التصرف فيتناول توكيل الحر البالغ حرا بالغا او المأذون وتوكيل المأذون مأذونا او الحر البالغ فيحصل الصور الاربع وهذا هو الموافق لما فى فتح القدير وغيره فيكون ابقاء عبارة الوقاية فى هذا المتن ردا لما توهمه صدر الشريعة من المثلية فى البالغية او المأذونية ومن لم يدر ما اراده اخذه العجب اقول فحينئذ يتناول الصور التسع باعتبار تعميم المأذون تدبر (قوله لوجود الشرط المذكور) وهو كون الموكل اهلا للتصرف فى الجملة وعقلية الوكيل معنى العقد وقصده (قوله والتوكيل) عطف على توكيل المسلم عطف العام على الخاص اشار به الى ان هذا تفريع ايضا مع بيان محال الوكالة من التصرفات على الاطلاق فيكون ضابطا كليا شانه قبول الطرد والعكس والمصنف لما قابله بالخاص اراد به ماعدا ذلك الخاص فلا يرد على عكسه صحة توكيل المسلم الخ وذا من فوائد هذا المتن خلا عنه المتون ولكن يرد على طرده ان الذمى لايوكل المسلم ببيع خمره وهو يملكه بنفسه ودفعه ان عدم التوكيل لمعنى فى المسلم وهو كونه منهيا عن اقتراب الخمر حيث امر باجتنابه عنها فكان ذلك امرا عارضا فى التوكيل ومن القاعدة المقررة عند اهل المعقول والمنقول ان خروج بعض الافراد والاحكام عن القواعد والضابط الكلى بعارض لايقدح فى كليتهما كما لايخفى (قوله حتى لوصرح به) اى بتوكيل الوكيل غيره ايضا اى كما صرح بتوكيل نفسه جاز ان يوكل غيره فيما وكل فيه (قوله وبالخصومة) اطلقها فشملت ما كانت من جانب المدعى او المدعى عليه كما فى الايضاح (قوله ولكن اذا كان وكيلا بالخصومة) من طرف المدعى عليه وبطلب المدعى وغاب المدعى عليه يلزمه الوكالة ولايقدر عزل نفسه منها ولا المدعى عليه حال غيبته كما فى البحر الرائق وغيره (قوله والخلاف فى اللزوم) فاذا كانت الوكالة برضاء الخصم كانت لازمة بالاتفاق فلاترتد برد الخصم ويلزمه الحضور والجواب بخصومة الوكيل واذا كانت بلا رضاه صحت ولكن يقبل عند الامام الارتداد برده ولايلزمه الحضور والجواب بخصومة الوكيل كما فى الشروح (قوله بلا رضاء الخصم) ولو رضى ثم مضى يوم فقال لا ارضى له ذلك كما فى القنية نقلا عن عين الائمة الكرابيسى ولكن ساق كلامه على وجه ان اليوم قيد اتفاقى له الرجوع عن الرضاء مالم يسمع القاضى الدعوى على اصل ابى حنيفة (قوله والمتأخرون اختاروا للفتوى) اعلم ان المصنف اختار قول الامام كما هو دأبه كثيرا وقد اختلف ترجيح المشايخ قال العتابى قولهما هو المختار وبه اخذ الصفار ايضا وقال الحلوانى يخير المفتى ونحن نفتى ان الرأى للحاكم وقال فى البزازية ومن المعلوم المقرر ان تفويض الخيار الى قضاة العهد الفساد كما هو المقرر من ان علمهم ليس بحجة وغرض من فوض الخيار الى القاضى من القدماء كما هو مختار المتأخرين لما علموا من احوال قضاتهم الدين والصلاح وفى خزانة المفتين المختار قولهما والشريف وغيره سواء وفى النهاية والصحيح قولهما واختار الفقيه ابو الليث قولهما للفتوى

كما فى الظهيرية (قوله الا لموكل مريض) اطلقه ولكن المراد مريض لايقدر المشى على قدميه الى مجلس الحاكم حتى لواحتاج الى ركوب الدابة اوالحمل على ايدى الناس يلزم التوكيل بغير رضاء الخصم وان لم يزدد مرضه فى الصحيح كما فى الظهيرية والمنبع (قوله بان ينظر القاضى) وان قال اخرج بالقافلة الفلانية سألهم القاضى عنه كما فى فسخ الاجارة كما فى البزازية وقال بعض المشايخ يحلفه القاضى بالله انك تريد السفر وهو اختيار الخصاف كما فى الظهيرية ولوكان مريد السفر مطلوبا يكفل ليتمكن الطالب من استيفاء دينه كما فى خزانة المفتين (قوله اومخدرة) بكرا كانت اوثيبا والخروج للحاجة لايقدح فيه مالم يكثر بان تخرج بغير حاجة والحمام من الحوايج كما فى البزازية ومن الاعذار حيض المطلوب اذا كان الحكم بمسجد اذا لم يرض الخصم بالتأخير واما حيض الطالب فهو عذر مطلقا والنفاس كالحيض كما فى الخزانة ومنها كونه محبوسا اذا كان الحبس من غير القاضى الذى ترافعا اليه كما فى الذخيرة وذكر فى النهاية ان القاضى اذا علم ان الموكل عاجز عن البيان فى الخصومة بنفسه يقبل منه التوكيل (قوله الا فى حد وقود) اشتثناء من الايفاء والاستيفاء كليهما الا ان فى الايفاء على اطلاقه لان الايفاء لايكون الا بتسليم ظهره اونفسه لاقامة الواجب وليس ذلك الا من الجانى والوكيل ليس بجان كما فى الشروح فظهر ان قوله بغيبة موكله انما هو قيد للاستيفاء اذ الموكل لوكان حاضرا وامر باستيفائهما يجوز فى شرح الطحاوى وغيره واشار بالاستثناء عن الايفاء والاستيفاء الى انه صح التوكيل فى اثبات حد وقود خلافا لابى يوسف ومحمد مع ابى حنيفة فى الاظهر وهكذا الخلاف فى التوكيل بالجواب عن جانب من عليه الحد والقود وقولهما هو الاظهر وباقى التفصيل فى الشروح (قوله بما يقوم مقام الغير) الظاهر بمن يقوم لان من ظاهر فى مروى القبول والمراد منه الوكيل هنا اللهم الا ان القود اى القصاص اعم من ان يكون فى النفس ومادونها فعبر عن الكل بما تغليبا تدبر (قوله لما فيه من نوع شبهة) اى شبهة العفو فى القصاص وشبهة ان يصدق المقذوف الرامى فيما رماه ويترك الخصومة وشبهة ان يدعى الموكل المال لا السرقة فلايجوز استيفاء الحد والقصاص مع الشبهة بخلاف سائر الحقوق ولوتعزيرا فان التوكيل بالتعزير يجوز استيفاء واثباتا وان كان الموكل غائبا بالاتفاق كما فى المنبع وصدر الشريعة (قوله كان وكيلا فى جميع التصرفات) واختار ابو الليث انه لوطلق اووقف لم يجز كما فى الولوالجية وعن الامام انه وكيل فى المعاوضات لا فى الهبات يعنى التبرعات ولا الاعتاق وعليه الفتوى كما فى الخانية وماذكره المصنف من انه يفتى بهذا الخ نقله الولوالجى عن الصدر الشهيد وماذكر فى الخانية منقول عن الناطفى وعن ابى نصر الدبوسى وفى الظهيرية وكان الصدر الامام الاجل الكبير الشهيد السعيد يستحسن قول ابى نصر فظهر انه وقع الاختلاف والترجيح وفى مثله الرجحان لمقول فى حقه وعليه الفتوى الا ان المصنف رجح ما فى الصغرى لما فيه الاحتياط بعد وقوع التطليق كما لايخفى (قوله حتى يتبين خلافه) بان دل دليل سابق الكلام من قصد الموكل فحينئذ يعمل بمقتضاه ويفتى به وعليه كلام حافظ الدين الشيرازى (قوله حقوق عقد يضيفه الوكيل) سواء كان الموكل حاضرا وقت العقد اوغائبا كما فى الخلاصة ولاتنتقل الحقوق الى الموكل ولوكان الوكيل غائبا بعد العقد اذا مات الوكيل اما اذا مات الوكيل قال الفضلى تنتقل الى وصيه وان لم يكن يرفع الموكل الامر الى الحاكم لينصب وصيا هذا عند البعض وهو المعقول وقيل تنتقل الى الموكل ولاية قبضه فيحتاط عند الفتوى كما فى المنبع والبزازية وقيد باضافة العقد الى نفسه لانه اذا اضافه

الى موكله يتعلق بالموكل كما فى العمادية نقلا عن شرف الدين واذا اضاف العاقد الى الموكل
بان قال بعت هذا العبد من فلان وهو الموكل فقال الوكيل قبلت لايلزم الموكل لانه خالف
حيث امره بعدم رجوع العهدة اليه وقد رجع اليه قال ابو القاسم الصفار والصحيح ان الوكيل
يصير فضوليا و يتوقف العقد على اجازة الموكل قلت اطلاق الوكيل عليه حينئذ بحسب
الظاهر لانه صار كالرسول كما فى المقدسى وذكر فى البرجندى ان معنى الاضافة الى نفسه عدم
الاحتياج الى اضافته الى الموكل لانه شرط حتى لو اضافه اليه صح العقد ويرجع الحقوق
الى الوكيل اذ هو فى المعنى غير مضاف اليه وان اضافه لفظا انتهى وهكذا صرح به الزاهدى
فى شرح القدورى وعليه كلام ابن الكمال الوزير فيظهر ان قيد الاضافة الى نفسه يكون
للاحتراز على الاول ولبيان ادنى الحال على الثانى وميل القلب اليه احتراز عن الصبى
الخ ولم يذكر السفيه المحجور بناء على اختيار المصنف قول الامام ان السفيه لايحجر واما على
قولهما المفتوى عليه كما سبق فان حقوق عقده وكيلا ينبغى ان يرجع الى الموكل وقد صرح
فى الخانية فى الحجر ان المحجور عليه بالسفه بمنزلة الصبى ولو قبضه المحجور صح قبضه لانه العاقد
والمنفى اللزوم فلا يدل على انتفاء الجواز ولو عتق العبد بعد العقد تتعلق به والصبى اذا بلغ
لاتتعلق به لان المانع حق المولى مع اهليته وقد زال وفى الصبى حق نفسه ولم يذل بالبلوغ
ولو اختلفا فى الحجر وعدمه بان قال العبد مثلا انا مأذون والعاقد الآخر انك محجورا وبالعكس
فالقول لمن يدعى الاذن لان الاصل النفاذ واقدامه يدل عليه الا ان يقيم الخصم بينة على اقراره
بانه محجور بعد العقد فحينئذ تقبل كما فى البحر الرائق (قوله كتسليم المبيع الخ) واعلم ان الحقوق
التى للوكيل كقبض المبيع ومطالبة ثمنه والمخاصمة فى العيب والرجوع بثمن المستحق غير واجبة
عليه لانه متبرع لكن ينبغى ان يوكل الموكل بهذه الافعال واما الحقوق التى على الوكيل كتسليم
المبيع والثمن ونحوهما فالوكيل فيهما يدعى عليه فللمدعى ان يجبره على ذلك كما فى الكافى والبرجندى
وصدر الشريعة (قوله اى يخاصم ويخاصم) بفتح الصاد فى الاول وكسرها فى الثانى فالاول فيما
اذا باع والثانى فيما اذا اشترى على الترتيب السابق وفى العيب يكون مخاصما اذا كان بايعا فيرده
المشترى عليه ومخاصما اذا كان مشتريا فيرده على بايعه وفى الشفعة يكون مخاصما فقط سواء كان
بايعا اومشتريا والعقار فى يده ولذلك اطلق العيب وقيد الشفعة بما بيع لابما باع (قوله لان المشترى
اجنبى) والصواب لان الموكل اجنبى ومثل هذا من طغيان القلم ولكل جواد كبوة (قوله وان دفع
اليه صح) الا فى الصرف فانه لايجوز قبضه الا للوكيل كما فى الشروح (قوله وقيل الملك يثبت
للوكيل الخ) هذا قول الكرخى اختاره الامام قاضيخان كما فى التحرير الا ان المصنف اورده
بصيغة التمريض لميل اكثر المشايخ الى القول الاول وهو قول ابى طاهر وقال شمس الائمة
السرخسى هو الاصح وصرح فى الهداية والكافى بانه هو الصحيح وعليه عامة الشراح
وجه الاول ان الملك يقع للموكل ولكن بعقد الوكيل على سبيل الخلافة عنه ووجه الثانى
ان الوكيل يملك بالشرى ثم يملكه الموكل كما فى الحاشية البدرية فيظهر منه انه
يقع مبادلة حكمية بين الوكيل والموكل على الثانى ولامبادلة بينهما على الاول كما فى التكملة
الديرى اقول يظهر من هذا وجه رجحان الاول على الثانى الا انه لاثمرة للاختلاف كما فى
المقدسى وعليه كلام المصنف اقول ومن الله التوفيق انهم صرحوا فى المضاربة بان الفرق
بين المضارب والوكيل ان المدفوع لوهلك قبل النقد يرجع المضارب الى المالك ثم وثم الى

ان يصل الثمن الى البايع بخلاف الوكيل فانه لا يرجع الامرة وعللوا بان يد المضارب يد امانة لا يقتضى الاستيفاء و يد الوكيل يد استيفاء لما بينه و بين الموكل مبادلة حكمية ولا خلاف لاحد فى هذا فهذا يقتضى رجحان قول الكرخى بل تعينه و يقتضى انه لو اعتبر القول الاول ينبغى ان يرجع الوكيل على الموكل ولو مرة بعد اخرى كما فى المضارب فحينئذ يظهر ثمرة الاختلاف بين القولين تدبر وقال القاضى ابوزيد الوكيل نائب فى حق الحكم اصيل فى الحقوق فوافق الكرخى فى الحقوق وابا طاهر فى الحكم وهو حسن كما فى البزازية والمنصورية (قوله وسره ان الحكم وجوب المال) فى مثل النكاح وثبوت الملك فى نحو الهبة والمراد بالسبب العقد (قوله وذلك) اى اضمحلال وقوله بلا اعتبار اضافته اى اضافة الوكيل عقد الصلح الى نفسه فى صورة الاقرار والى الموكل فى صورة الانكار هذا هو المراد وقوله فلا تم ذلك اى تمام الصلح لان تمامه باعتبار الاضافة من الوكيل وليس فيما صوره صدر الشريعة اضافة من الوكيل فلا يتم لما سبق من تصحيح ابى القاسم الصفار ان الاضافة او كانت من العاقد فى مبادلة المال بالمال والصلح عن اقرار من هذا القبيل لم يتم فراد القوم اضافة الوكيل الى نفسه فى النوع الاول والى الموكل فى الثانى لا مطلق الاضافة كما ظنه صدر الشريعة فظهر ان مطلق الاضافة قد اعتبره صدر الشريعة ولم يعتبره القوم فتمام الصلح بلا اعتبار اضافة الوكيل يكون محل النزاع فيستقيم رد المصنف ما ادعاه صدر الشريعة كما لا يخفى (قوله وان اراد تمامه باعتبار تلك الاضافة الخ) قيل هذا مراده ولكن اعتراضه على القوم ليس الا من جهة انهم عدوا الصلح عن اقرار من النوع الاول مع انه حكمه لا يخلف باضافته الى الموكل واجيب بان المراد اضافته الى نفسه على طريق الجواز والكفاية فى النوع الاول وذا لا يمنع اضافته الى الموكل واضافته الى الموكل فى النوع الثانى على طريق اللزوم فافترقا فى الاضافة (قوله فلا يطالب وكيله بالمهر والمطالب به الزوج) الا اذا ضمنه الوكيل فحينئذ يطالب به بحكم الضمان كما فى الشروح (قوله حتى لا يثبت به الملك) اى للموكل الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فقال ارسلنى فلان اليك و يستقرض كذا فحينئذ يثبت الملك للمستقرض كما فى الكافى

﴿ باب الوكالة بالبيع والشراء ﴾ هذا شروع لبيان الاقسام بعد بيان المقسم وقدم قسم الوكالة بالبيع والشراء لكثرة وقوعهما وقدم الشراء فى التفصيل على البيع لان الشراء جالب والبيع سالب والسلب انما يكون بعد الاثبات (قوله الا ان يوكله وكالة عامة الخ) استثناء من قوله فلا بد من تسمية جنسه الخ وكذا لو قال اشترلى بالف ثيابا او دوابا او اشياء او ما شئت او اذن فى شئ حضرك او ما يوجد او ما يتفق صح لان التعميم دلالة التفويض الى رأيه وكذا لو قال اشترلى به ولم يزد عليه فانه يصح استحسانا لانه تفويض عام فكأنه قال اشتر ما بدالك ولو قال اشترلى به شيئا او ثوبا او ثلثة اثواب او ما اريده او ما احتاج اليه لا يصح للجهالة وفرقوا بين ثيابا واثوابا فقالوا الاول للجنس والثانى لا كان الفرق نشأ من عرفهم كذا فى الكافى والخلاصة والتحقيق فيه انه اذا ذكر الثياب ونحوها الفاظ من العموم يصح التفويض الى الوكيل بخلاف ثوب او اثواب لا يظهر العموم فيها فيصير شايعا فى جنسه متفاحش الجهالة فلا يصح كما فى المقدسى (قوله وان لم يبين الثمن) لان مثل هذه الجهالة تتدارك بالنظر الى حال الموكل حتى قالوا ان القاضى لو وكل بشراء حمار ينصرف الى ما يركب مثله فلو اشتراه مقطوع الذنب والاذنين لا يجوز بخلاف ما لو وكله الفاليزى كما فى الشروح والبقر من النوع الاول وكذا الشاة كما فى المنبع وذكر فى البدايع انهما من قبيل الجهالة الفاحشة وفى التجريد ان الشاة من هذا القبيل وفى المقدسى وقيل ان الشاة

من قبيل المتوسطة وفى البزازية ان الموكل لوكان من العوام فاشترى له فرسا ملوكيا يلزم الوكيل (قوله وان جهل جهالة فاحشة لا) هذا فى الوكالة القصدية اما اذا ثبت ضمنا كما فى المضاربة والشركة فانها تصح وان جهل ما وكل به جهالة فاحشة على ماسيجئ (قوله كالثوب فانه يتناول اجناسا شتى) وكذا الدابة والرقيق يتناول الذكر والانثى وهما من بنى آدم جنسان مختلفان (قوله والدار) اراد به ان الدار لو سمى ثمنا اوبين نوعها والمراد ببيان نوعها المحلة كما فى الكافى والكفاية ولما فى البزازية انه قال اشترلى دارا بالكوفة فى موضع كذا صحت الوكالة ذكر الثمن اولا انتهى والمتأخرون قالوا فى ديارنا لايجوز الابيان المحل كما فى الدراية والتحقيق فيه انها يختلف اختلافا فاحشا فى بعض الديار وفى بعض آخر لا كما فى البحر فكلام المصنف على الثانى وكلام المتأخرين على الاول فعلى كلام المصنف لوبين الثمن ولم يعين البلد يتعين البلد الذى هو فيه كما هو مروى عن ابى يوسف وبه جزم فى الخانية (قوله يعنى دفع الى آخر دراهم) اطلق الدراهم فشملت القليلة وهى من الواحد الى الثلثة والمتوسطة وهى من الثلثة الى الخمسة والكثيرة وهى العشرة ومافوقها اشار به الى ان دفع الدراهم لابد منه فى هذا التوكيل وان لم يدفعه فلابد من بيان مقدار الطعام حتى لولم يقيد باحدهما وقال له اشترلى طعاما لم يجز على الآمر كما فى الكافى والتبيين (قوله وقيل يقع على البر الخ) القائل به ابو جعفر الهندوانى وقال بعض مشايخ ماوراء النهر ان الطعام فى عرف ديارنا ماهيئ للاكل من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوى ونحوه فينصرف التوكيل اليه دون الحنطة والدقيق والخبز قال صدر الشهيد وعليه الفتوى كما فى الذخيرة فاسبق انما هو عرف اهل الكوفة وماقاله الصدر عرفنا كما فى البزازية وعرف القاهرة على خلافهما فان الطعام عندهم للطبخ بالمرق واللحم كما فى البحر والفارق فى ذلك العرف وقرائن الاحوال كما فى شرح النقاية لابن العينى (قوله كان) اى ذلك العبد للوكيل اقول لوكان المشترى فى هذه الصورة قريب الوكيل اوعرسه ينبغى ان يعتق على الوكيل ولوقبضه الموكل عقيب الشراء ولم ارمن يصرح به فيما وصلته من الكتب تدبر (قوله حتى لوتبايعا عينابدين) اى لواشترى شيئا معينا بدين له على البايع وقوله لايبطل العقد و يجب مثل ذلك الدين فصار الاطلاق بان قال بالف ولم يضفه الى ماعليه والتقييد بما اضافه الى ماعليه (قوله ثم استهلك العين) اواسقط الدين باسقاط رب الدين الظاهر ان الفعلين مبنيان للمفعول للتعميم فى الاول لان الاستهلاك اعم من ان يكون من الموكل اوالوكيل اوغيرهما ولاقتضاء قوله باسقاط الخ ذلك فى الثانى على انه يحتمل ايضا التعميم وهو سقوط باسقاط رب الدين و بحصول دين فى ذمة الموكل للمديون فيتقاصان (قوله واذا تعينت الخ) من تتمة الدليل تقريره ان الدراهم والدنانير تتعين فى الوكالات واذا تعينت كان هذا التوكيل وقوله غير من عليه الدين هو البايع وهذا بخلاف ما اذا عين البايع اوالمبيع فان تعين المبيع يعين البايع فيصير نائبا عنه بالقبض فحينئذ صحت الوكالة اشار اليه بقوله بلا توكيل بقبضه (قوله اوكان الخ) عطف على قوله كان هذا الخ والمستتر فى كان عائد الى التوكيل المذكور وضمير هو راجع الى شئ وتحقيق ذلك ان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها لان اعيانها اوصاف فى الذمة لا يمكن تمليكها فكان ما ادى المديون واعطاه الى البايع اورب الدين ملك المديون ولا يملكه الداين قبل القبض (قوله وكلاهما غيرجائز) لعدم القدرة على التسليم فى الاول وامر الانسان بدفع مالايملكه باطل فى الثانى ولم يقل غيرجائزين لان كلا مثل اى فى جواز الامرين الافراد والتثنية بالنظر الى اللفظ

والمعنى صرح به فى محله (قوله لكونه اجنبيا عن ماليته) لانها لمولاه حتى لواقر بها لغيره لم يصح وقوله والبيع يرد عليه الخ فصار توكيله بشرائها كتوكيل اجنبى بشراء هذا العبد (قوله لان ماليته الخ) الصواب الا ان ماليته الخ لانه استثناء من قوله اجنبيا عن ماليته وانه جواب عن سؤال مقدر بان يقال لما كان اجنبيا عنها كان للبائع حبس العبد لاجل الثمن فاجاب عنه بقوله الا انه الخ يعنى ليس له ذلك لان ماليته فى يد العبد وهو مشتر والمبيع اذ كان فى يد المشترى قبل العقد لا يكون للبائع حق حبس المبيع كما فى غاية البيان والكافى (قوله فاذا اضافه) اى العبد العقد الخ نتيجة للدليل (قوله صح فعله) الظاهر صلح كما فى علة الشروح (قوله فيقع العقد للآمر اشار به الى ان العقد يتم بقول المولى بعت ولا يتوقف الى قول العبد قبلت و بنى التمرتاشى ذلك على اصل فلا يرد عليه ان الواحد لا يتولى طرفى البيع على ما ذكره صاحب النهاية مفصلا (قوله اى عتق على المولى) تركه لظهور ان الولاء فى العتق على المال للمولى (قوله عتق عليه) اى على ذلك المال يشير به انه لا يجب عليه الف آخر وليس كذلك بل المصرح فى الكتب ان الالف المدفوع كان مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه فيجب عليه الف آخر وكلام المصنف فى التعليل يقتضى هذا ايضا لان جعل شراء نفسه قبوله الاعتاق ببدل يقتضى وجوب الف آخر اذ لو لم يجب كان اعتاقا بلا بدل فظهر ان الضمير المجرور يرجع الى المولى وانما صرح به هنا لانه لا يعتق عليه فى الصورة الثانية نعم لهذا التفسير صحة لو كان عليه مقدما على قوله عتق فيتعلق بباع اولوقدر مثل يعنى عتق على مثل ذلك المال وهو الف اخر تدبر (قوله كان) اى العبد لوكيله اى ملكا له هذا الذى ذكر اذا كان الموكل عبدا يوكل لشراء نفسه اما اذا كان اجنبيا فلا يشترط على الوكيل التصريح بانه يشتريه لاجل الموكل بل قوله اشتريته كاف فى وقوع الشراء للموكل لما سبق انه مما يضيفه الوكيل الى نفسه وباقى التفصيل فى غاية البيان (قوله لان اللفظ) اى قوله اشتريته بكذا حقيقة للمعاوضة اى موضع لها حقيقة دون الاعتاق وقوله اذ لم يبين يعنى لم يقل اشتريته لاجل نفسه فيراعى ذلك اى الحقيقة بخلاف شراء العبد نفسه حيث يجعل للاعتاق لتعذر العمل بالحقيقة لان العبد ليس باهل لان يملك مالا (قوله فلو كان حيا) لاخفاء فى لطف هذا الترديد حيث كانت المسئلة به جامعة لثمانية اوجه الا ان الظاهر من هذا التعميم ان لا يكون قوله فمات لخفى التحرير ان يطلق اولا ثم فصل تنويعا وماذكره من التفصيل هنا هو الموافق لما فى الكافى على ما صرح به والموافق لما فى تبيين الزيلعى رحمه الله ولا غبار على كلامه سوى ما سبق وما يدفع به من ان قوله فمات بالنسبة الى زعم القائل والتفصيل بالنسبة الى نفس الامر فدفوع بان زعم القائل كما يكون فى حق الميت يكون فى الحى كما لا يخفى (قوله فالقول للمأمور) اى الوكيل يعنى مع اليمين كما هو المراد فى كون القول للموكل يعنى انه يحلف ان المشترى اشتراه لنفسه لا للموكل وقد صرح فى الذخيرة ان قول الامامين معتبر مع اليمين ومثل هذا مستفيض بينهم ولذلك يتركون حوالة على الفهم (قوله لانه اخبر عن امر يملك استينافه) اى انشاءه للحال ولم يصح تكذيبه اذ لا تهمة فيه لان الوكيل لا يملك ان يشتريه لنفسه وقوله والمخبر به على صيغة اسم الفاعل والضمير المجرور راجع الى امر باعتبار وصفه (قوله عما لا يملك استينافه) لان الميت ليس بمحل لانشاء العقد فيه وما لو عبارة عن الرجوع يكون المضاف مقدرا فى قوله استينافه اى سبب استينافه والسبب هو العقد او عن العقد فحينئذ لا حاجة الى التقدير فيه ولكن يحتاج الى التقدير

فى قوله الرجوع بالثمن اى سبب الرجوع به والمعنى اخبر عن عقد هو سبب الرجوع بالثمن وهذا التقدير اولى من الاول كما لايخفى (قوله لان التعليل الثانى لايجرى الى اخره) يريد به ان التعليل الثانى مخصوص بصورته يشير به الى ان التعليل الاول ليس بمخصوص بصورته وليس كذلك بل هو مخصوص بصورته ايضا لان قول المصنف فيه "وهو الرجوع بالثمن على الامر وهو منكر والقول للمنكر لايشتمل الصورة الثانية اذ الثمن فيهما مقبوض الوكيل فلا يريد الرجوع به على الآمر قطعا كما فى التكملة (قوله له الرجوع بالثمن) اطلقه فشمل مالوامره الموكل بالدفع اولا كما فى البحر ولكنه مقيد بقبض المبيع لان بينهما مبادلة حكمية وذا انما يتصور بعد قبض المبيع كما فى الكافى وبانه اذا كان الثمن حالا اما اذا كان مؤجلا تأجل فى حق الموكل ايضا بخلاف مالواشتراه بنقد ثم اجله البايع كان للوكيل ان يطالبه به حالا وذا حيلة كما فى الخلاصة (قوله لما تقرر من انعقاد مبادلة حكمية بينهما) لان الملك ينتقل الى الوكيل اولا ثم ينتقل الى الموكل كما فى غاية البيان وانت خبير بان هذا تعليل على طريق الكرخى وقد سبق من المصنف ان طريق ابى طاهر هو الراجح فلا يوافق هذا ماسبق اقول يمكن التوفيق بينهما بان ثبوت الملك للموكل خلافة عنه كاف فى انعقاد المبادلة الحكمية بينهما كذا افاده صاحب التكملة الا انه يخالف الاولى لتعليل صاحب الغاية المبادلة الحكمية ولما صرح به فى التكملة الديرية فيما سبق (قوله وله ان يحبسه الخ) هذا تكرار قد افاده فى المتن بل اللايق ان يقول بدله وله ان يرجع على الموكل بجميع الثمن كما فى الشروح وقوله لما ذكر وهو ما تقرر الخ (قوله فان هلك اى المبيع الخ) لم يتعرض لهلاك الثمن فانه لايخ ان يدفع الى الوكيل قبل الشراء او بعده فان كان الاول فلايخ ان يهلك قبل الشراء او بعده فان كانت الاول بطلت الوكالة وان كان الثانى يرجع الوكيل على الموكل بالثمن مرة فان هلك ذلك ايضا يهلك من مال الوكيل فلا يرجع على الموكل ويجب الثمن للبايع على الوكيل ويدفع المبيع الى الموكل وان دفع الثمن الى الوكيل بعد الشراء فهلك قبل الاداء الى البايع يهلك ايضا من مال الوكيل فلا يرجع به على الموكل الخ هذا كما فى تلخيص الجامع الكبير وباقى التفصيل فى شرحه التنوير (قوله وسقط) اى الثمن هذا عند محمد وهو قول ابى حنيفة ويضمن ضمان الرهن عند ابى يوسف وضمان الغصب عند زفر الحاصل ان المبيع يكون مضمونا ضمان المبيع عندهما وهو سقوط الثمن قل اوكثر من القيمة وضمان الرهن عند ابى يوسف وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الثمن وضمان الغصب عند زفر وهو مضمون بالمثل لو مثليا وبالقيمة لو قيميا بالغة مابلغت وباقى التفصيل فى صدر الشريعة وغيره وبعض الشارحين رجحوا هنا قول ابى يوسف واختار المصنف قولهما حيث لم يتعرض الاختلاف كما لايخفى (قوله شراؤه لنفسه) اطلقه فشمل مالواشهد انه قد اشترى لنفسه لايكون للوكيل الا اذا كان الموكل حاضرا وصرح الوكيل بانه يشتريه لنفسه فحينئذ يقع عن الوكيل واشار بقوله لنفسه الى انه ليس له ان يشتريه لموكل آخر وذا بالطريق الاولى وقيد بالشراء لانه لو وكله بتزويج معينة للوكيل التزوج بها بان اضافه الى نفسه كما فى الشروح (قوله بغير جنس ماسمى تبع فيه الهداية والمجمع اطلقه فشمل ما اذا كان خلاف الجنس عرضا اونقدا خلافا لزفر فى الثانى وكذا اذا شراه باكثر مما سمى لانه خالف امر الآمر فانعزل فى ضمن المخالفة فنفذ الشراء عليه كما فى الحماية شرح الوقاية (قوله ونواه لآمره) اشار به الى انه لو نواه لنفسه فهو لنفسه واما ان تكاذبا فى النية بان قال الآمر نويته لى وقال الوكيل نويته لنفسى

اوعلى العكس بحكم النقد اجماعا وان توافقا على انه لم يحضر نيته فعند ابى يوسف بحكم النقد كما اذا تكاذبا وعند محمد هوللوكيل لان الاصل ان يكون الانسان عاملا لنفسه كما فى الشروح وظاهر اطلاق المتن ترجيح قول محمد تدبر (قوله وان لم ينقد الثمن منه) وكذا لم يعتبر نيته لنفسه اذا اضافه الى مال الموكل كما لا اعتبار لنيته لموكله اذا اضافه الى مال نفسه كما فى المقدسى (قوله فان اضافه الخ) تفريع على مفهوم قوله اواضافه فى العقد الخ ولذلك ادخله الفاء وقوله خملا بحاله الخ ظاهره على ان هذا تعليل للمسئلتين على سبيل التوزيع الاول للاولى والثانى للثانية ولما كان الاول محتاجا الى التفصيل والبيان علله بقوله اذا اشترى لنفسه الخ ويجوز ان يكون بشقيه دليل الاولى ويكتفى فى العلم بدليل الثانية بدلالة شقه الثانى وعليه كلام صاحب العناية (قوله صح اى التوكيل بعقد الصرف والاسلام الخ) والتفصيل السابق جاز فيهما وفاقا واختلافا كما فى التكملة (قوله والاسلام) اى صح توكيل رب السلم بالاسلام بدفع رأس المال لان الاسلام خاص من رب السلم يقال اسلم فى كذا اى اشترى بالسلم (قوله لااى لايصح التوكيل) اى توكيل المسلم اليه بقبول السلم باخذ رأس المال نعم يجوز توكيل المسلم اليه بدفع المسلم فيه كما فى البحر الرائق (قوله لامفارقة الآمر) اطلقه فشمل ما اذا كان الامر حاضرا اوغائبا وعليه اطلاق عامة الكتب وماذكر فى مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده ان الموكل لو كان حاضرا لااعتبار لمفارقة الوكيل فقد ضعفه غير واحد من الشراح والميل الى الاطلاق وهو الموافق لماسبق تدبر (قوله والمعتبر قبض العاقد) اذ القبض فى هذين العقدين من تمة صحتهما فيصح قبضه وقوله بخلاف الرسول مرتبط بقوله فيصح قبضه (قوله قال بعنى) يعنى رجل قال لآخر بعنى هذا مريدا لشرائه لاجل زيد يريد به ان زيدا امرنى ان اشتراه له فباعه اى صاحب المبيع وقوله وقال ان امر به اى بان يشترى المشترى هذا لى وقوله اخذه يعنى لزيد ولاية اخذ المبيع والضمير المجرور عائد الى المشترى (قوله فشرى منوين به) قيد به لانه لوشرى به منا ونصفا لزما الامر لان الزيادة لاتحقق لهما لم يكن مثل المنصوص كما فى المنبع والبيانية وقيد بالمثلى اذ اللحم منه فى الصحيح كما فى الجناية لانه لو امره بان يشترى له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين كل واحد منهما يساوى بعشرة لم يلزم الموكل لاواحد منهما ولا كلاهما عند ابى حنيفة اذ التساوى فى القيمى بالحزر والظن فيكون حق الموكل مجهولا فلاينفذ عليه كما فى الشروح واما على تقدير كون اللحم قيميا كما هو فى غير الصحيح فالفرق بينهما ان التفاوت بين منى اللحم قليل ساقط عن درجة الاعتبار اذا كانا من جنس واحد وهو المفروض بخلاف الثوب فان التفاوت يتصور بين افراده مادة وطولا وعرضا ورقعة ودقة كما فى العناية (قوله عما يباع من به) قيد به لانه لوشرى مايساوى منين بدرهم صار مشتريا لنفسه اجماعا لانه خالف لاالى خير اذ الامر ينصرف الى الكامل وهو السمين الصغير ولعل هذا بخلافه كما فى الديرية (قوله لزم الآمر من بنصفه) هذا عند ابى حنيفة ولزمه المنان عندهما على ما فى بعض نسخة القدورى وهو الظاهر اذ لم يذكر الخلاف فى الاصل كما فى الهداية وغيره (قوله عبدين معينين) قيد التعيين اتفاقى اذ غير المعين كذلك اذا نواه للموكل اواشتراه له كما فى البحر الرائق (قوله فشرى احدهما بقدر قيمته) او بما يتغابن الناس فيه كما فى الشروح (قوله فشرى احدهما بنصفه الخ) هذا عند ابى حنيفة واما عندهما يقع عن الآمر اذا شراه بزيادة يتغابن الناس فيها ونص الفقيه ابو الليث فى شرح الجامع الصغير باحتمال

ان لا اختلاف بينهم فى ذلك وقد قال به بعض المشايخ ولكن قال شيخ الاسلام والظاهر ان المسئلة على الاختلاف وهو مختار صاحب الهداية وتبعه المصنف (قوله اما فى الاول فلانه قابل الالف) الظاهر ان هنا سقطة سقطت من قلم الناسخ وهى اما فى الاول فظاهر واما فى الثانى فلانه الخ كذا قيل اقول لا خفاء لاحد ان هنا خلل النسخة الظاهر ان يكون هكذا ما فى الاولى فلان التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما واما الثانية فلانه الخ (قوله صدق المأمور) وينبغى ان يلزم ابيع الآمر لان المأمور وافق الآمر ولم يخالف كما فى الدرية (قوله اى صدق الآمر بلا يمين) اشار به ان تصديق المأمور بيمين لانه امين وقوله انما يعتبر مع اليمين وظاهر كلام صدر الشريعة ان تصديق الوكيل والامر انما يكون بلا يمين وصرح البرجندى فى شرح النقاية مختصر الوقاية ان تصديقهما انما يكون مع اليمين وان ماذكره صدر الشريعة ليس عليه دليل ولم يوجد له رواية وتبع المولى سعدالله محشى الهداية صدر الشريعة وتبع المولى عزمى زاده البرجندى اقول التحقيق فيه ان اعتبار قول الامين مع اليمين مستفيض لا سترة فيه ولذلك اكتفى المصنف فيه بالاشارة واما عدم لزوم اليمين على الآمر فبناء على ان العقد لم ينعقد له حيث خالفه الوكيل واشتراه بغبن فاحش حتى لو اقر باشترائه بخمسمائة والمسئلة على حالها لم ينعقد للآمر لعلة المخالفة فظهر ان لا مقتضى لحلف الآمر فيكون كلام المصنف فى غاية محزه نعم لو صرح بيمين المأمور مع ان ظاهر كلام صدر الشريعة على عدم يمينه لكان احسن كما لا يخفى (قوله والمأمور اشترى الخ) الواو حالية مدخولها فى قوة تعليل آخر من التعليل المطوى ذكره والتقدير لانه امره بشراء عبد بالف فلا يلزم العبد الآمر لان المأمور خالف امره على ان فى عقده غبنا فاحشا فيقع العقد عن المأمور فيضمن خمسمائة للآمر هذا فظهر ان لا اسقامة لعبارة المصنف وقد تبع فيها صدر الشريعة ولكنه اوجزها (قوله كذا معين الخ) اطلقه فشمل ماصدقه البايع اولا وقيد تصوير المتن بتصديق البايع اشارة الى انه لو لم يكن فالتحالف بينهما بالطريق الاولى فيظهر انه اختار قول الفقيه ابى جعفر وتبع فيه صاحب الوقاية وقد صححه قاضيخان واختار صاحب الهداية قول ابى منصور الماتريدى وهو ان لا تحالف بينهما اذا صدق البايع وقد صححه صاحب الكافى والعبد الفقير اذا رفع الامر اليه يعمل تارة باحدهما واخرى بالآخر كما هو مقتضى التصحيحين الا ان تصحيح قاضيخان راجح بناء على ان رتبته فوق رتبة مصحح قول ابى منصور وبناء على ان تصادق البايع والوكيل لغو فى حق الآمر لانه صار اجنبيا فى حقهما بعد استيفاء الثمن واجنبى فى حق الآمر قبله فعلى كل حال لا يصدق عليه فظهر ان قول الفقيه هو الراجح وعليه كلام التسهيل والمفاتيح (قوله لم يسم له ثمنا) قيد به لانه لو اختلفا فى تسميته بان قال الآمر امرتك بالشراء لى بخمسمائة وقال المأمور امرتنى بالشراء بالف فالقول قول الآمر مع يمينه لان الاستفادة من جهته ويلزم العبد المأمور لمخالفته ولو اقاما البينة فالبينة بينة الوكيل لانها اكثر اثباتا كما فى الحماية وانما لزم اليمين على الآمر هنا لان المأمور مدع بانه امره بالشراء بالف والآمر منكر فعليه اليمين كما لا يخفى (قوله ان كان خلافا الى خير) وذكر فى الخلاصة والمنبع انه لو قال بعه بالنسيئة بالف فباعه بالنقد بالف ينفذ خلافا لزفر لانه اعتبر الموافقة الصورية والمعنوية جميعا وقال فى المبسوط السرخسى لو قال بعه الى اجل فباعه بالنقد والاصح انه لا يجوز بالاجماع اقول لا مخالفة بينهما لان هذا من غير تعيين ثمن وذلك

معين ومن شان تأجيل الثمن ان يكون اكثر (قوله فباعه بمائة دينار بل بالف دينار) كما هو المصرح في الحقايق والمحيط لان الوكيل اذا خالف من حيث الجنس لا ينفذ على الآمر مطلقا كما في التشنيف والمنبع اقول قد سبق في مستأجر دابة لحمل شئ معين ومستعيرها له اذا خالف الى خير فهلكت يضمن في القياس ولا يضمن في الاستحسان وهو المفتى به والظاهر ان ما ذكرهنا هو القياس فينبغي ان ينفذ البيع هنا استحسانا وان يكون الفتوى عليه ولكن لم ار التصريح ولا الاشارة فيما عندي من الكتب ﴿فصل التوكيل في البيع والشراء﴾ ولما فرغ من بيان بعض الاقسام شرع في بيان بعض مخصوص منها ومعظم هذا الفصل في بيان احكام التوكيل بالبيع ولذلك ترجم في الهداية بفصل في البيع والمصنف اطلقه لاشتماله على احكام التوكيل بالشراء ايضا ولكل وجهة (قوله من يرد شهادته له) قيده بقوله له لانه لو عقد مع من ترد شهادته للموكل من اب الموكل او ابنه اومكاتبه اوعبده المديون جاز وكذا وكيل العبد او باع من مولاه كما في الخلاصة واشار بمنع العقد معهم الى ان منع بيعه من نفسه بالاولى كما في البزازية ولم يرد كلية من يرد شهادته له لانه معلل بايراث تهمة له فلا يرد عليه جواز عقده مع الفاسق مع انه ممن يرد شهادته له لانه لاتهمة له فيه (قوله وزوج وعرس) لم يأت بالضمير لئلا يختلف الضميران لانه يقتضي ان يقال وزوجها وعرسه وقوله وسيد لعبده لم يقل وعبده الخ لان مدخول الكاف بيان للموصول وهو الذي يرد شهادته للوكيل والمتبادر انه اهل للشهادة في غير الوكيل مطلقا وعلى الوكيل الا انه ترد شهادته له لتهمة في حقه فحينئذ كان الصواب ما قاله المصنف لان يقول وعبده ومكاتبه كما ظن اذ ليس لهما الشهادة لا في حق سيده ولا في غيره نعم يجوز ان يراد ان رد الشهادة اعم من ان يكون اهلا لها الا انه ردت ان لا يكون اهلا لها اصلا فحينئذ يجوز ان ينضم الى ما ذكره المصنف قولنا وعبده ومدبره ومكاتبه لان ذكر الشئ لا يمنع غيره وكذا يجوز ايضا ان يرجع الضمير المجرور في شهادته الى الوكيل وضميرله الى من وهو مراد من جعل الموصول مشهودا له فحينئذ يناسب ان يقال وعبده ومكاتبه الا انك قد عرفت في فوائد التقييد ان يرجع الضميران على العكس كما هو المتبادر فظهر انه لا سقامة لكلام المصنف بل هو احسن كما لا يخفى (قوله هذا) اى عدم عقده مع المذكورين وذكر في البزازية وكيل البيع لا يملك شراءه لنفسه لان الواحد لا يكون مشتريا وبايعا فيبيعه من غيره ثم يشتريه منه وان امره الموكل ان يبيعه من نفسه اواولاده الصغار اوممن لا تقبل شهادته له فباع منهم جاز وفي السراج ولو امره بالبيع من هؤلاء يجوز اجماعا الا ان يبيعه من نفسه او ولده الصغير اوعبده ولادين عليه فلا يجوز قطعا وان صرح له الموكل وهكذا في المبسوط ونقل عنه صاحب النهاية اقول ماذكر في البزازية هو الاظهر لانه ليس دونا في الجواز من جواز شرى الاب مال طفله اوالوصي مال يتيمه على ان ما في البزازية يحتمل ان يكون محمولا على ما اذا كان الموكل حاضرا فيصير بايعا والوكيل مشتريا لنفسه اوطفله فيرتفع المخالفة بينهما فليتأمل (قوله فعن ابي حنيفة روايتان) ورجح قاضيخان عدم الجواز حيث قال هو الظاهر (قوله بما قل اوكثر) اطلقه الا ان هذا اذا لم يسم ثمنا اما اذا سمى فباعه اقل منه لا يجوز ولو كان النقصان يسيرا كما في المبسوط ويستثنى من اطلاقه ايضا الصرف كما في الخلاصة هذا الذي ذكره قول ابي حنيفة واما عندهما فلا يجوز بيعه بالغبن الفاحش ولا يجوز الا بالدراهم اوالدنانير لان المطلق ينصرف الى المتعارف واطلق النسيئة الا انه مقيد بما اذا كان للتجارة اما لو كان للحاجة فلا يجوز بيعه نسيئة كدفع مرأة غزلها

الى رجل ليبيعه لها فهو على البيع بالنقد وبه يفتى كما فى الشروح وبما اذا لم يكن فى لفظ الموكل مايدل على البيع بالنقد كقوله بع هذا واقض دينى اوفانى احتاج الى نفقة عيالى فحينئذ لايجوز بيعه نسيئة كما فى الذخيرة (قوله فلا يضمن ان ضاع) اى للموكل والثمن قد سقط بهلاك الرهن وصورة التوى ان يأخذ كفيلا ويرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك فيحكم ببراءة الاصيل فمات مفلسا فلا ضمان على الوكيل وهذا احسن مما قيل المراد بالكفالة هنا الحوالة اوهى على حقيقتها والتوى فيها بموت الاصيل والكفيل مفلسين كما فى التبيين وعدّ البرجندى فى التصوير احسن مما ذكر مالو مات الاصيل اولا مفلسا ثم مات الكفيل كذلك كان توى على الكفيل من غير حاجة الى ذلك واشار المصنف الى ان قبض الثمن لو لم يكن حق الوكيل بان كان صبيا محجورا اوعبدا محجورا لم يكن له اخذ الرهن ولا اخذ الكفيل كما فى البرجندى والى ان الوكيل بقبض الدين اذا اخذ رهنا فضاع لاضمان على الوكيل ولايسقط من دين الموكل شئ كما فى البزازية (قوله قال فى النهاية هذا التجريد) وقد جزم به صاحب التبيين وفى بيوع التتمة وبه يفتى كما فى البيانية (قوله فباع نصفه صح)هذا عند الامام وعندهما لم يصح وهو الاستحسان ورجحه صاحب الهداية واشار بقوله ببيع عبد الى ان الخلاف فيما فى تبعيضه ضرر كالعبد وان لم يكن كذلك كالحنطة فانه يجوز اتفاقا (قوله اذارد مبيع معيب) اطلقه فشمل مااذا كان قبل قبضه الثمن او بعده كما فى الهداية وقيد بانه على الوكيل لانه لادعوى للمشترى على الموكل كما فى البحر (قوله فيما لايحدث) قيد لقوله اواقراره لان ردايكون ببينة اونكوله سواء كان فيما يحدث مثله اولايرده الوكيل به على الآمر فلاحاجة الى التقييد به واما الرد باقراره اذا كان فيما لايحدث يرده عليه وفيما يحدث لايرده وعليه ما فى الهداية والكافى وغيرهما فظهر ان كلام المصنف شمل رد الوكيل على الآمر فيمارد عليه ببينة اذنكوله فيما يحدث مثله لاماظن من انه اهمل عنهما وذاناش من ان قوله فيما لايحدث قيد للصور الثلث وليس كذلك كما ترى فحينئذ لا حاجة الى اعتبار قوله باقراره ان يكون من المتن بل كونه من الشروح وهو الصحيح يؤيد ماقلنا ولله در المصنف ادى المقصود بعبارة اوجز من غير اخلال فى اللفظ والمعنى تدبر (قوله رده على الآمر من غير حاجة الى خصومة) اما فى الاولين فظاهر لان الرد فيهما عليه رد على الموكل واما فى الرد بالاقرار فظاهر ايضا اذا كان بقضاء بان اقر العيب ولكن امتنع عن قبول المبيع فجبر القاضى عليه بالقبول فيقدر الوكيل رده على الموكل باتفاق الروايات ولورد عليه باقراره بغير قضاء فعلى عامة الروايات لايقدر الرد عليه فيلزم الوكيل وعلى رواية كتاب البيوع من الاصل يكون ردا على الموكل ايضا فيقدر الوكيل رده عليه واطلاق كلام المصنف على هذه الرواية هذا زبدة ما فى النهاية وغيره (قوله بل يبقى عليه الاان للوكيل ان يخاصم الموكل) اذارد عليه بالقضاء فيلزمه ببينة او بنكول الموكل كما فى الهداية او باقراره فانه يجوز ان يقر الموكل بالعيب بعد مخاصمة الوكيل ويمتنع عن القبول فيجبر القاضى عليه كما فى التكملة واذا رد عليه باقراره بدون قضاء القاضى لايبقى له حق الخصومة فيبقى المبيع على الوكيل (قوله اولايحدث مثله فى هذه المدة) كالحمل ووضعه فى اقل من ستة اشهر (قوله اوالاقرار فى عيب لايحدث مثله) وانت خبير ان قوله فى عيب لايحدث مثله مستغنى عنه وقع من طغيان القلم (قوله صدق الآمر) يعنى مع يمينه كما فى البرجندى (قوله لايتصرف احد الوكيلين) اى لاينفذ تصرفه هذا هو المراد لاعدم صحته كما فى الاصلاح

لان الشراء اذا وجد من احدهما ينفذ عليه والبيع يتوقف على اجازة الموكل او الوكيل الاخر كما في الذخيرة (قوله فان تصرف احدهما عقد البيع) او الشراء او الاجارة بحضرة الآخر فان اجاز جاز وان كان غائبا فاجاز لم يجز عند ابي حنيفة كما في المنتقى وغيره وقال الحاكم ابو الفضل الكرماني هذا خلاف الاصل وقال ابو يوسف ذلك جائز وان امر احدهما بالعقد فعقد جاز في رواية وفي اخرى لا ما لم يجزه المالك او الآخر كما في الحماية (قوله وفي اختيار البايع والمشترى) لانه ربما يحصل عند اجتماع رأيهما مشتر تقي لا يماطل في الثمن تبع في ذكر البايع الزيلعي ولم يذكر في الهداية والظاهر ما في الزيلعي لان التفاوت بين بايع وبايع مقرر كما في المشترى كما لا يخفى وقوله في الزيادة اي بالنظر الى الوكيل بالبيع والنقصان هي بالنظر الى الوكيل بالشراء (قوله وهذا) اي وعدم نفوذ تصرف احد الوكيلين في حق الموكل وقوله ولم يكن توكيلهما بلفظ واحد كان الصواب الموافق لما في الاستثناء الآتي ان يقول وكان توكيلهما بلفظ واحد هو الواقع في عبارة الشروح (قوله ذكر الاول) اي مقابل الاول وهكذا المراد في الثاني والثالث والاول تصرف لا مانع فيه عن الاجتماع والثاني قوله ويحتاج الخ والثالث قوله ولم يكن الخ وقد عرفت ان الصواب وكان الخ (قوله ورد وديعة) قيد به لان الاسترداد بخلافه فليس لاحدهما قبض الكل ولا البعض حتى لو قبضه فضاع ضمن كما في السراجية واقتضاء الدين كاسترداد الوديعة كما في البحر (قوله لانه تفويض الى مشيئتهما) تعليل للصورتين معا لم يقل الى رأيهما مع ان العبارة في الهداية وغيره كذلك ليكون صيرورته قيدا للاول ظاهرا اذ صاحب النهاية ردد في انه قيد لهما او للاخير وحكم صاحب التكملة بانه قيد لهما وعليه كلام المصنف (قوله فيقتصر على المجلس) لان التفويض تمليك الفعل فيقتضي جوابا في المجلس كما في المنح كما في الهداية في فصل الاختيار من باب التفويض (قوله اوكان) عطف على قوله قال لهما اي وبخلاف ما اذا كان الطلاق الخ (قوله ولو كان غائبا) ولو مات احدهما او ذهب عقله فلا يجوز تصرف الآخر لعدم رضاه برأيه وحده كما في الشروح (قوله فان وكل به) اي باذن الآمر هذا من قبيل الاكتفاء والا فسبك الكلام على ان يرجع الضمير الى كل من المذكورين على سبيل البدل ولو قال اي بتفويض الآمر لشمل كلا منهما (قوله كاصنع ما شئت) واو قال الوكيل الاول ذلك لوكيله لم يكن له توكيل ثالث بخلاف ما لو قال السلطان للقاضي استخلف من شئت وقال القاضي ذلك لمن استخلفه له الاستخلاف ايضا ثم وثم كما في البزازية وفيها ايضا انه لو وكل آخر فباعه الثاني من الاول لم يجز (قوله لا ينعزل بعزل موكله) وصرح في الخلاصة بان الموكل لو قال للوكيل اصنع ما شئت فوكل الوكيل رجلا بذلك صح ولو اخرجه الوكيل الذي وكله جاز ولو اخرجه الموكل الذي هو رب المال كان اخراجه جائزا ايضا سواء كان الوكيل الاول حيا او ميتا وهكذا في الخانية وعلل فيها بانه لو فوضه الى صنعه فقد رضي بصنعه وعزله من صنعه واشار المصنف الى انه لا فرق بين اصنع واعمل كما صرح به في التكملة فما قاله المصنف هنا هو الموافق للهداية والكافي وعامة المعتبرات من المتون والشروح وهم غير غافلين عما في هذين الكتابين فالعمل في مثله بما في المتون لما صرحوا بان ما في المتون عند المخالفة اقوى ثم ما في الشروح ثم ما في الكتب المعتبرة من الفتاوى وذكر يوسف الكرماستي في شرح الوقاية المسمى بالحماية ولو وكل الوكيل وقد قال له الموكل اعمل برأيك يملك الاول عزل الثاني الا ان يقول الموكل وكل فلانا فوكله لا يعزله لانه كالرسول ولو قال وكله

To: www.al-mostafa.com

ان شئت يعزله انتهى وهكذا فى منية المفتى تدبر (قوله واجاز) الظاهر من عطف اجاز على قوله فبلغه انه قيد للثانى وهو الموافق للهداية والكافى فيكفى فى الاول عقد ه عند الموكل الثانى وهو قول بعض المشايخ وعند عامتهم لا يصح ما لم يجز عقده وصاحب العناية رجح ما فى الهداية وتبعه صاحب التكملة وعليه كلام المصنف (قوله اوكان الموكل الاول قدر الثمن صح) بدل المصنف مافى الهداية وعامة المعتبرات من الوكيل الاول بالموكل الاول ليكون انسب الى قوله بخلاف ماذا وكل وكيلين وقدر الثمن الخ لان المراد به توكيل الموكل الاول على ماصرح به فى الهداية وغيره وماذكره المصنف هو الموافق لما فى منية المفتى الا انه نقل فيه روايتان جواز عقد الثانى بثمن عينه الموكل بغيبته وعدم جوازه وصحح الثانى ولم يفرق فى هذا التصحيح بين ان يكون مقدر الثمن الوكيل الاول وموكله وصرح بان الثانى لو باع بثمن عينه الموكل لم يجز فى الاول الا بحضرة الاول واجازته اواجازة الموكل فظهر ان تصحيحه خلاف مااختاره المصنف وما اختاره صاحب الهداية فيظهر الاختلاف بينهم فى تصحيح الروايتين فيستوى العمل للمقلد بايتهما تدبر كما لا يخفى (قوله فلان الاحتياج الى الرأى لتقدير الثمن وقد حصل) اى بتقديره فبعد ذلك لايبالى بنيابة الآخر عنه فى مجرد العبارة كما فى الشروح اعترض عليه بان التقدير لايمنع استعمال الرأى فى الزيادة والمشترى فكيف يصح ان يقال فبعد ذلك لايبالى الخ اقول كما ان الظاهر كون الوكيل اهدى فى امر البيع من الموكل فى زعمه كذلك يحتمل ان يوكل الوكيل من اهدى فيه من نفسه فلا اقل انه مساويه كما هو الظاهر وقد قدر الثمن فاستعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى يرى متحققا فى حق الثانى فيبقى نيابته عن الاول فى مجرد العبارة كما لا يخفى (قوله فى الزيادة واختيار المشترى) خص بالذكر ما هو ناظر بالوكيل بالبيع اكتفاء بما سبق التفصيل آنفا نبه عليه بقوله كما مر ومثله لايعد قصورا كما لا يخفى (قوله فى حقه) اى فى حق الغير والمراد بالاولى الولاية وبالثانية صحة التصرف

﴿ باب الوكالة بالخصومة والقبض ﴾

اخره لان الخصومة قد تكون لمطالبة المبيع او الثمن والقبض قد تكون لهما ولان حقيقة الخصومة مهجورة شرعا لقوله تعالى ولاتنازعوا ووقوعها شرعا باعتبار كونها مجازا عن جواب الخصم بنعم اولا فناسبت التأخير عما ليس بمهجور (قوله اقتضيت حقى) اى قبضته وفى القاموس وتقاضاه الدين قبضه منه وبالجملة ان عامة ارباب اللغة الثقاة صرحوا بان معنى التقاضى هو الاخذ والقبض وماذكر فى المغرب من ان معنى التقاضى طلب القضاء لا القبض فمعناه العرفى المعتبر عند الفقهاء لان من عادته ترجيح مااعتبره الفقهاء من الاصطلاحى او المجازى على الوضعى ومن ذلك يعتبر ارباب الشروح بما فيه ويرجحون على غيره هذا فظهر ان نظر من بحث فيه بنظر مجرد تبعا لصاحب غاية البيان فقد سقط كما لا يخفى (قوله لكن العرف بخلافه) اى بخلاف الوضع لان الناس اليوم انما يفهمون منه المطالبة فيكون معناه الحقيقى مهجورا عندهم فيكون مستعملا فى معناه الحقيقى العرفى اوفى المجازى المتعارف ولا خلاف لاحد ان المجاز المتعارف اولى من الحقيقة المهجورة لانه من قبيل ترجيح المجاز المتعارف على الحقيقى المستعمل كما ظن فان المسئلة تكون حينئذ مبنية على اصل الامامين وهى مبنية على اصل الثلثة كما لا يخفى (قوله وهو قاض على الوضع) اى العرف راجح مقدم على الوضع والمراد على الوضع المهجور ومن ذلك قال فى الصغرى ومنية المفتى نقلا عن ابن الفضل الوكيل بالتقاضى يعتمد العرف فان كان فى بلدة عرف تجارها ان المتقاضى يقبض الدين كان التوكيل به توكيلا بالقبض والا فلا انتهى وفى الخانية بعض تفصيل تفقها فليطلب منها واما رسول المتقاضى

فيملك القبض لانه كالمرسل ولايملك الخصومة اتفاقا كما في الشروح (قوله والوكيل بقبض الدين) اطلقه ولكن المراد وكيل الداين لان الذي وكله القاضي بقبض ديون الغائب لايملك الخصومة بالاجماع كما في مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده اقول ظاهره ان امر القاضي بالقبض لم يكن توكيلا كما لايخفى (قوله لواقام الخ) واذا جحد الغريم الدين و برهن عليه الوكيل تقبل عند ابي حنيفة خلافا لهما كما في الذخيرة (قوله وقف الامر حتى يحضر الغائب) هذا استحسان والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لاعلى الخصم فلم تعتبر وجه الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فيقصر يده كما في الهداية (قوله الوكيل بها اى بالخصومة اذا ابى الخ) اطلقه والمراد وكيل نصب من غير طلب الخصم وهو اعم من ان يكون وكيلا برضاه اولا بل وكيلا بقبض الدين ايضا واما اذا وكل المدعى عليه رجلا بطلب المدعى فغاب الموكل ثم ابى الوكيل ان يخاصمه فانه يجبر على الخصومة لان المدعى انما خلى سبيل المدعى عليه اعتمادا على الوكيل فحينئذ لايكون للوكيل الامتناع كما في الكافي وغيره وقد سبق بعض الكلام ايضا في باب رهن يوضع عند عدل فظهر ان حمل الاباء على الاباء حيث يكون الموكل حاضرا في ضيق العطن ولله در المصنف حيث ذكر هذه المسئلة هنا وهو محلها الاليق وانما ذكرها فيما سبق على طريق المقايسة (قوله فاقر بثبوته عليه) اى بثبوت الحق اراد به غير الحد و القود للشبهة فيهما كما في الشروح (قوله صح وقوله لا يصح) هذا عند ابي حنيفة ومحمد و هو الاستحسان والقياس عدم الصحة مطلقا وهو قول زفر والشافعي ومالك وابن ابي ليلى وعند ابي يوسف رحمهم الله تعالى الصحة مطلقا وباقي التفصيل في الشروح (قوله وان انعزل به) قيد لقوله دون غيره والضمير المجرور عائد الى اقراره عند غير القاضي (قوله حتى لايدفع اليه المال) اى الى هذا الوكيل لانه خرج عن الوكالة فصار اجنبيا نظيره ما اقر الاب اوالوصي في مجلس القاضي ان شيئا من مال الصغير في يد آخر انه له لم يصح اقراره الا انه اذا ادعى بعد الاقرار انه مال الصغير تسمع دعواه ولكن لايدفع ذلك المال الى الاب اوالوصي لانه خرج عن الولاية اوالوصاية بذلك الاقرار هكذا في عامة الشروح وانت خبير بان الاب اوالوصي اذا ادعى بعد الاقرار تسمع دعواه وان لم يدفع المال اليه بخلاف الوكيل انه اذا ادعى بعد ثبوت الاقرار عليه لا تسمع لانه صار اجنبيا بالكلية تدبر (قوله يعني اذا استثنى الموكل الاقرار الخ) سواء كان الموكل هو الطالب او المطلوب اذ لافرق في صحة الاستثناء بينهما في الصحيح وهو ظاهر الرواية كما في المنبع والكافي وثمرة هذه الرواية ان لايصح اقرار هذا الوكيل ولو عند القاضي ولكن اذا تقرر اقراره يخرج عن الوكالة لزعمه انه مبطل في دعواه كما في الخانية وغيره وصرح في الهداية وغيره بانه روى عن ابي يوسف ان هذا الاستثناء لا يصح ولكن لم يتعرض في شروحه المشهورة لما انه هل يبقى التوكيل صحيحا فيكون ثمرته ان يصح اقرار هذا الوكيل مطلقا كما قال به ايضا في المسئلة السابقة اولا يصح فلا يكون وكيلا فضلا عن صحة اقراره وعلى الثاني كلام فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وذكر في الخانية وعن ابي يوسف اذا استثنى اقراره لايصح التوكيل فظهر ان كلام المصنف على ظاهر الرواية ولم يتعرض لرواية عن ابي يوسف فضلا ان يرجح قوله و يبني عليه كلامه كما زعم تدبر (قوله بخلاف الرسول الخ) مرتبط بقوله كفيل يعني يصح توكيل رسول البايع بقبض دين له على المشتري وتوكيل وكيل الامام ببيع الغنائم بقبض دين على المشتري وتوكيل وكيل المرأة للتزويج بقبض مهرها

حيث يصح قبضهم الثمن والمهر فلا يمنعه الرسالة والوكالة هذا هو الظاهر من ربط هذه
المسئلة بما قبلها وقوله حيث يصح ضمانهم بالثمن والمهر لم يستقم على ترتيب المصنف
وان صح على ترتيب الزيلعي حيث ربطها بما اذا وكل رجل رجلا يبيع شئ فباعه الوكيل ثم
ضمن الثمن للموكل عن المشترى لم يجز وانت خبير بان هذه المسئلة كما هي مخالفة لم ربطها
الزيلعي به مخالفة لما ربطها المصنف به ولكل وجهة الا انه لم يصب في اتيان التعليل الذى
ذكره الزيلعي ثم لو ذكر المتن والشرح بعد قوله والوكيل بالبيع اذا ضمن الخ لاستقاما كما لا يخفى
(قوله بخلاف العكس) وهو توكيل الكفيل وقد سبق انه لم يصح الحاصل ان الكفالة بالمال
تبطل الوكالة تقدمت الكفالة او تأخرت لكونها اقوى من الوكالة وههنا ثلاث مسائل لم توجد
مصرحة وقد وقعت حادثة هل تصح كفالة الوصي عن مديون الميت وكفالة الناظر عن
مستأجر الوقف بالاجرة وتوكيل الداين وصي المديون بالقبض من تركة المديون فيقيم القاضي
وصيا لسماع الدعوى والبرهان لمقتضى القواعد ان يصح كفالة الناظر والوصي ما لم يكن
في شئ وجب بعقدهما وكذا وكالة الوصي لما في الخانية لو ادعى وصي دينا على الميت يقيم القاضي
وصيا لسماع البينة فاذا تم الامر كان الاول وصيا على حاله وعليه الفتوى هكذا نقله صاحب
البحر وبحث المقدسي في الاولين بان محلهما كتاب الكفالة وفي الثالثة بان القياس فاسد لان
في المسئلة المقيس عليها الحق للوصي فيحتاج ضرورة لنصب وصي غيره وفي المقيسة الحق
للاجنبي فيمكنه توكيل غير الوصي مما لا يخفى (قوله والوكيل بالبيع الخ) قيد بالوكيل لان الرسول
بالبيع تصح كفالته بالثمن عن المشترى ومثله الوكيل ببيع الغنائم لانه كالرسول وقيد بالثمن لان
الوكيل بتزويج المرأة لو ضمن لها المهر صح والمراد بالثمن ثمن ما باعه الوكيل وهو المتبادر حتى
لو وكل البائع رجلا بقبض الثمن فكفل به صح وهذا يندرج في المسئلة السابقة لان الدين اعم
من الثمن وغيره (قوله لم يجز) اى ضمانه وكفالته وكذا لم يجز قبول حوالته والوجه فيهما ان
الوكيل امين في حق الثمن شرعا لا يملك الموكل اخراجه من الامانة فتبطل بالكفالة فلو صحت
يصير امينا وضمينا في حالة واحدة في مال واحد وذا لا يجوز فتبطل الكفالة ضرورة كما في المنح
(قوله امر بدفع دينه) اى اجبر عليه به كما في السراجية قوله حتى لو ادعى مرتبط بقوله امر
والضميران المجروران في نفسه وحقه للغريم وقوله فيفسد الاداء اى الى مدعى الوكالة لانه
لم يثبت وصول الدين الى ربه فيجب الدفع عليه اى الى رب الدين (قوله لانه بتصديقه) اى
الغريم اعترف انه اى مدعى الوكالة وهو اى الغريم في هذا الاخذ اى الثاني والجملة اعني وهو
مظلوم عطف على ما في خبر ان والمعنى الغريم بتصديقه اعترف ايضا اى زعم انه مظلوم
في هذا الاخذ الثاني او الجملة حال من فاعل اعترف وجملة والمظلوم الخ جملة معترضة في عجز
الكلام او حال من المستكن في مظلوم ظاهر في موضع الضمير ولذلك استغنى عن العائد (قوله
الا اذا ضمنه) استثناء من قوله لا يرجع وهذا اللفظ مروي بالتشديد والتخفيف في الاول المستكن
للمديون والبارز للوكيل وفي الثاني على العكس كما في النهاية واراد بالعكس كون المستكن للوكيل
والبارز للمديون على طريق حذف الايصال والمفعول به محذوف اى ضمن الوكيل للموكل
المال على انه يمكن انه اراد بالعكس كون المستكن للوكيل فقط من غير تعرض للبارز لبداهة
انه عائد الى المال فظهر ان الحمل على السهو ليس كما ينبغي (قوله اى شرط على مدعى
الوكالة الضمان) اطلق الضمان فيحتمل ان المضمون ما قبضه الوكيل او ما اخذه الداين صرح

بالاول في بعض الشروح وبالثاني في بعض آخر وقد صحح هذا لان ما اخذه غصب وماقبضه امانة في زعمهما فصح الضمان للمأخوذ لاضافته الى سبب الوجوب كقوله ماغصبك فلان فعلي بخلاف الامانة كما في البحر الرائق (قوله اولم يصدق) اي بان سكت وفي كل الوجوه الاربعة ليس للغريم الاسترداد حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار حقا للغائب ظاهرا او محتملا كما لو دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد منه لاحتمال الاجازة كما في الهداية وذكر في جامع الفصولين قولان في الاسترداد من الفضولي وفي الخلاصة نقلا عن المنتقى للغريم الاسترداد قبل ان يقدم الغائب فاجاز القبض (قوله لم يؤمر بالدفع فلو دفعها يضمن للمودع فيرجع على القابض) لو بقيت في يده واو هلكت لم يرجع عليه بشيء اما لو دفعها الى الوكيل مكذبا اومصدقا وقد شرطه عليه الضمان كان له ان يضمنه كما في الكافي والحاكم ولو دفعها اليه لم يملك الاسترداد في الوجوه كلها كما في الفوائد الظهيرية (قوله ميراثالي) وكذا لوقال وصية لي لان الموصى له كالوارث عند عدمه ولابد من التلوم فيهما لاحتمال ان يكون وارث آخر اوموصى له آخر بخلاف من ادعى الايصاء اليه فصدقه ذواليد لم يؤمر بالدفع لوكانت عينا واختلف في الدين كما في التبيين وغيره (قوله وادعى الغريم قبض دائنه ولابينة له) كما في الحماية لان البينة تقبل عليه لما سبق من ان الوكيل بالقبض وكيل بالخصومة والمراد بقبض الدين سقوط حقه فشمل ما لو ادعى الغريم ان الموكل ابرأني فانه يؤمر بالدفع اليه ايضا وكذا مافي جامع الفصولين من انه ادعى ارضا وكالة انه ملك موكلي فبرهن فقال ذواليد انه ملكي وموكلك اقربه فلو لم يكن الذي اليد بينة فللقاضي ان يحكم به لموكله لوغائبا ولاحلف للوكيل ثم لوحضر وحلف انه لم يقربه له بقي الحكم على حاله ولونكل بطل الحكم (قوله لان وكالته ثبتت بقوله الخ) والمراد صحة وكالته وولاية الطلب له لانه اولم يكن محقا عنده في طلب الدين لسلب وكالته مع سلب الدين عن ذمته او بالعكس فاشتغاله بذلك لدى طلبه اقرار بوكالته واشار بثبوت وكالته بقوله الخ الى ان لاحاجة لثبوتها بالبينة فان عبارة عامة المعتبرات على ماذكره المصنف (قوله لاالوكيل الخ) هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال زفر بالتحليف حتى لونكل يخرج عن الوكالة كما في الشروح اخذ من ايضاح الكرماني وما اعترض صدر الشريعة هنا على قولهما بناء على قول زفر واختياره وصرح بعض بان قول زفر هو الحق وفي عناية ولي التدبير لم يذكر محمد امالانه لارواية عنه اوانه مع زفر (قوله لم يرد عليه) هذا عند ابي حنيفة كما هو الظاهر من الشرح وعندهما يرده عليه ولايؤخر القضاء بالرد الى تحليف المشتري وقيل الاصح عند ابي يوسف التأخير في هذه المسئلة وفي مسئلة قبلها كما في الهداية (قوله على اهله) قيد تمثيلي لان الحكم كذلك اذادفعه للانفاق على بناته كما في الخلاصة (قوله فهي بها استحسانا) هذا اذا كانت العشرة قائمة وقت الشراء واضاف العقد اليها واطلق وفي نيته تلك العشرة امالوكانت مستهلكة اواضاف العقد الى عشرة نفسه يكون متبرعا بالاتفاق نص عليه الامام التمرتاشي وقبله الشراح فعلى الاخيرين يرد العشرة على الموكل لوقائمة ويضمنها اومستهلكة كما لايخفى (قوله الوكالة المجردة) اي عن حضور خصم جاحد اومقر بها وقوله لاتدخل تحت الحكم يعني لاتثبت بسماع القاضي قال في الحضانة الوكالة المجردة ولوكانت وكالة عامة لاتنتظم الامر بالاداء ولا الضمان انتهى ومن ذلك تفرع على ذلك انه لايجبر على الوكيل بالاعتاق والتدبير والكتابة والهبة من فلان والبيع منه وطلاق فلانة وقضاء دين فلان

اذا غاب الموكل ولا يحبس الوكيل بدين موكله واوكانت وكالة عامة الا ان ضمن كما في الاشباه والنظائر اعترض عليه ان قارئ الهداية سئل هل يحبس الوكيل في دين وجب على موكله اذا كان للموكل مال تحت يد وكيله وامتنع الوكيل من اعطائه سواء كان الموكل حاضرا اوغائبا فاجاب انما يجبر على دفع ماثبت على موكله من الدين اذا ثبت ان الموكل امر الوكيل بدفع الدين اوكان كفيلا والا فلا يحبس انتهى قلت هذا الاعتراض ساقط عن اخره لما ان مافي الاشباه مبتنية على الوكالة المجردة وهي لاتتضمن الامر بالاداء ولا الضمان فيكون متبرعا في فعله مالم يؤمر به ولم يتعلق حق الغير بوكالته فيكون كالواهب حيث لايجبر على التسليم هذا (قوله قال في الصغرى الوكيل بقبض الدين الخ) هذه المسئلة مذكورة بهذه العبارة في منية المفتي (قوله ولم يحضر الوكيل احدا) اي من الكوفة للموكل من قبله حق اي عليه حق للموكل سواء كان مقرا بتوكله اوجاحدا وهو المراد من اطلاقه وتعميمه وقوله قبله نصب على نزع الخافض متعلق بحق وهو مبتدأ خبره للموكل والجملة صفة احدا وذلك اشارة الى التوكيل كما ان الضمير المجرور في به عائد اليه يعني اذا احضر خصما جاحدا اومقرا يسمع القاضي دعوى وكالته ويقبل بينته عليها هذا هو المراد لانه ثبت وكالته بالاقرار ويتقرر مطلقا من غير حاجة الى البينة كما ظن وذكر في المنية انه اقام بينة على انه وكيل القبض وعلى قدر الحق اوعلى انه وصي الميت وعلى قدر حقه دفعة واحدة تقبل على الوكالة او الوصاية لاغير ويحتاج الى اعادتها على الحق عند الامام وعندهما تقبل على الامرين يقضى بالوكالة اوالوصاية اولاثم بالحق المقر وهكذا في البزازية

﴿ باب عزل الوكيل ﴾

اخره لان هذا فرع الثبوت كالطلاق مع النكاح (قوله ينعزل) اي الوكيل سواء كانت وكالته منجزة اومعلقة اذ يصح عزله عنها قبل وجود الشرط وبه يفتى كما في الصغرى وعليه الفتوى كما في البحر الرائق (قوله وبعزل نفسه) قال في القنية لوقال الوكيل عزلني موكلي وهو غائب وكذبه المدعي لايقبل قوله انتهى يعني لاينعزل (قوله بشرط علم الآخر) اطلاق هذا اذا علم الوكيل بوكالته كما هو الظاهر اما اذا لم يعلم بها فينعزل وان لم يعلم بعزله كما في البزازية وقيد بالوكيل لان عزل الرسول يصح بلا علمه كما في البحر وغيره قال في جامع الفصولين وعزل الوكيل لم يجز بلا علمه اي وكالة كانت وعزل الرسول يجوز بلا علمه وقيل لا انتهى وهكذا في البزازية ولكن مانقله عن السير محتاج الى التوجيه كما لايخفى (قوله باخبار عدل الخ) اطلقه فشمل مالو صدقه الوكيل اولم يصدقه قيده بالعدل اذ لوكان غير عدل ولم يصدقه الوكيل لم ينعزل وان ظهر صدق الخبر عند ابي حنيفة وعندهما ينعزل مطلقا اما اذا صدقه ينعزل بالاجماع كما في المنبع (قوله فلا ينعزل) لان الوكالة تصير حينئذ لازمة بحيث لايقدر عزله فيكون الوكيل كالمالك فلا ينعزل بموته ولا بغيره كما اذا وكل الراهن العدل اوالمرتهن ببيع الرهن عند حلول الاجل وكذا اذا وكله في دفع عين وديعة كانت اوامانة اومغصوبة وغاب وجب على الوكيل دفعه من غير ان يجب عليه حمله اوكانت مماله حمل ومؤنة ومن هذا القبيل مااذا جعل امر امرأته بيدها ثم جن الزوج لايبطل الامر كما في المنبع ومن هذا القبيل ايضا الوكيل في بيع الوفاء حيث لاينعزل بموت الموكل كما في جامع الفصولين والبزازية (قوله ووقعت في الكافي والوقاية هكذا بموت احدهما الخ) قلت عنوانهما تبطل وعنوان المصنف ينعزل والبطلان ادل في دفع جريان الارث في الوكالة وهذا اختيار منهما لما سبق من ان حقوق العقد بعد موت الوكيل تنتقل الى الموكل وقد سبق انها تنتقل الى وصيه وهو

المعقول وفى رواية الزيادات تنتقل الى وارث الوكيل اووصيه وان لم يكونا فالى الموكل (قوله وهوشهر عند ابى يوسف وهوقول ابى حنيفة كما فى الخلاصة وهوالمختار كما فى الواقعات الحسامية فى باب البيوع الجائزة وعليه الفتوى كما فى منية المفتى وقد اختلف التصحيح والرجحان لمايكون الفتوى عليه وقد مر غير مرة (قوله واما قبله اى قبل حكم الحاكم فموقوفة) فتصرفاته موقوفة ان اسلم نفذت وان مات اوقتل او لحق وحكم بلحوقه بطلت وعندهما ينفذ تصرفاته الى ان حكم بلحوقه فاذا حكم بطلت الوكالة بالاجماع وكذا حال الموكل ثم اذا عاد كل منهما مسلما لا تعود الوكالة وعند محمد تعود كما فى الحصيرى والكافى (قوله ويعود الوكالة) اى لاينعزل منهاهذاهوالمراد بقرينة عطف قوله او بقى على قوله عاد والمراد وجودها اعم من ان تكون من حيث العود اوالبقاء ثم هذه المسئلة متفرعة على مفهوم السابقة لاعلى منطوقها ولذلك لم يأت بالفاء على ان اختيار الواو على الفاء للتفوبض الى ذهن السامع فى ان ما بعدها ثمرة ماقبلها مما يقع فى فصيح الكلام تدبر (قوله بافتراق الشريكين) اطلق الشركة فشملت المفاوضة والعنان اماعلى الوجه الاول فظاهر واماعلى الوجه الثانى فشمولها المفاوضة ظاهر ايضا وكان القياس فى العنان ان لا يجوز توكيل احد الشريكين الثالث لما انه ليس للوكيل توكيل غيره اذا لم يأمره الموكل ولكنه جاز استحسانا لان كلا منهما فى حق صاحبه بمنزلة وكيل فوض الامر اليه على العموم كما فى التكملة (قوله ولو وكل من يتصرف فى المال) اطلقه فشمل توكيله فيما وليه اولم يله ولكن الانعزال بالافتراق فى التوكيل فيما لم يله ولم ينعزل به فى التوكيل فيما وليه صرح به فى العناية والغاية مفصلا وعليه كلام المبسوط فظهران فى كلام المصنف نوع ايجاز الا انه تبع فى هذا الاطلاق الامام الزيلعى وصاحب الهداية والقدورى والظاهر انهم ارادوا الوجه الاول لاالثانى تدبر (قوله اذلو بقى الافتراق) على ظاهره وهوالافتراق بقبض حصته من المال المشترك بينهما وقوله فلوافترقا الخ متفرع على صورة توكيل احدهما الثالث واشار ببيانها انه لووكلاه لم ينعزل بافتراقهما (قوله فقد بطل) اى امر الوكالة بالعجز فى المكاتب والحجر فى المأذون ولم يذكره للاكتفاء كما فى قوله بعد الحجر اوالعجز يعم فيشملهما (قوله فيبطل الوكالة) اشار به الى انه لوكاتب بعد ذلك اواذن فى التجارة بعده لم تعد الوكالة بالكتابة الثانية وبالاذن الثانى كما فى الشروح (قوله كما مر من ان العلم شرط للعزل القصدى) لا للعزل الحكمى (قوله وله مطالبة) وفى بعض النسخ مطالبته بالضمير وهوعائد الى العبد وعوده الى الشئ يأباه ما بعده وقوله استيفاء نصب على نزع الخافض اى باستيفاء مضاف الى ما بعده وما قيل انه نصب على التميز وما بعده نصب على انه مفعول ينفرمنه الطبع كما لايخفى (قوله وكيل عبده المأذون) وهكذا وكيل المكاتب لم يذكره اكتفاء لان عدم انعزاله بالطريق الاولى اطلق المأذون فشمل مأذونا كان عليه دين اولا كما فى المنبع وهذه المسئلة فرع على مفهوم المسئلة السابقة ولذلك لم يأت بالفاء اذ فى مثله الاتيان وعدمه سواء (قوله يسمى وكيلا دوريا) ووكالة دورية (قوله واذا اراد ان يعزله) يقول فى عزله الخ وفى العمدة للموكل ان يخرجه من الوكالة بمحضر منه ماخلا الطلاق والعتاق وفى الخلاصة هو المختار وفى منية المفتى وقال مشايخنا له ان يعزله فى الفصول كلها وقال ابن النجيم وعلى المقدسى وهذا هو المعتمد ان شاء الله تعالى وعليه اطلاق كلام المصنف (قوله الحاصل من لفظ كلما) الصواب ان هذا صفة الوكالة المعلقة لاالمنجزة فهذا من طغيان القلم فى تغيير

المحل فالمجزة هي الحاصلة من قوله وكلتك بكذا لان تصوير المسئلة على انه لو قال وكلتك بكذا على انى كلما عزلتك الخ (قوله فحينئذ ينعزل) وليس فيه رواية مسطورة و لذلك اختلف فيه كما فى البزازية والصحيح انه ينعزل كما فى التبيين و به يفتى كما فى الخلاصة واذا وكل رجلا بطلاق حين اراد السفر بالتماس المرأة ثم عزله بغير حضرتها ورضاها قال بعضهم لا يصح عزله وقال بعضهم يصح وهو الصحيح كما فى المنبع نقلا من المعتبرات ولكن قال المقدسى قلت ولو ابرأته بشرط الطلاق فوكل به ينبغى ان لا يملك عزله اقول فحينئذ يكون التوكيل توكيلا يتعلق به حق الغير كما لا يخفى

﴿ كتاب الكفالة ﴾

المناسبة بينها و بين الوكالة كون كل منهما استعانة بالغير احديهما فى المباشرة والاخرى فى المطالبة وايضا كل منهما ضم ذمة الى ذمة فى التصرف فى الوكالة والمطالبة فى الكفالة (قوله والاول اصح) وفى المنبع والصحيح هو الاول وهو مراد صاحب الهداية والكافى ايضا اذ لا فرق بينهما فى عرف ارباب الترجيح بل مرادهم بمثله الاقوى من الصحيحين وعليه كلام صاحب الخلاصة فى كتاب القسمة حيث قال فى مسئلة ان قيل تسمع فله وجه صحيح وان قيل لا تسمع فله وجه صحيح ايضا وقال بعده وهو الصحيح حيث اراد به رجحان الثانى عنده وهكذا فيما نحن فيه اذ لا يلزم من خروج الكفالة بالنفس من التعريف فساده بل يكون مبنيا على عدم اعتبار الكفالة بالنفس فى دخولها فى التعريف للاختلاف فى صحتها اذ هى عند الشافعى لم تصح فلا بأس فى ايراد التعريف المتفق عليه ثم يقسم الكفالة المطلقة على انواعها الا ان التعريف الاول عام يشمل جميع انواعها فيكون اولى من التعريف الذى يخص ببعض الانواع دون بعض فظهر ان قول المصنف لا صحة للثانى غير وارد كما لا يخفى (قوله اقول لا صحة للثانى اصلا الخ) نقل بعض محشى صدر الشريعة اعتراض المصنف و اجاب عنه بان المطالبة اعم من ان يكون مطالبة بالدين او بالنفس فلا يخرج الكفالة بالنفس كما لا يخفى انتهى عبارة جوابه ولعل هذا خبط منه اذ لم ينكر المصنف شمول المطالبة على المال والنفس بل لم يسبق اليه ذهن احد حتى يجاب به عنه كما لا يخفى (قوله ثم ان قسمهم) لا يخفى ان قولهم فى المطالبة باطلاقه يشمل الانواع كلها الا انهم لم يجعلوا الثالث قسما مستقلا مذكورا فى مقابل القسمين الاولين بناء على انه متعلق بالقسم الثانى على ما صرح به المصنف نفسه فلم يناسب ان يعد قسما برأسه بل وجه فى ان يدخل فى القسم الاول لان المراد من الكفالة بالنفس كفالة بتسليمها فيكون عين الاول وانما افرده بالذكر فى اثناء الكلام لاجل التنويع الشامل و البيان هذا ثم اختاره المصنف فى التعريف اشمل و اوضح لو كان دعواه فيه تدبر (قوله و القبول هذا عند ابى حنيفة ومحمد) خلافا لابى يوسف فى قوله الآخر فلا ينعقد ما لم يوجد قبول المكفول له او قبول اجنبى عنه فى مجلس العقد و ينعقد بالايجاب وحده على قول ابى يوسف الآخر كما فى النهاية (قوله وشرطها مطلقا) اى سواء كان فى حق الكفيل والاصيل والطالب والمكفول به وفى اى قسم من اقسامها (قوله نفسا كان او مالا فى النفس) يطالب باحضارها وفى المال بالتسليم لو عينا وبالقضاء و التسليم جميعا لو دينا (قوله وفى الدين) عطف على قوله كون المكفول به ظاهرا وفى الحقيقة على قوله مطلقا المقدر (قوله فلا يصح من العبد) ولو مأذونا فى التجارة ولو اذن لعبده فيها صح لو لم يكن مديونا و بيع فيها الا ان يفديه وكذا لا يصح من مكاتب عن اجنبى ولو اذن مولاه ولكن يطالب بعد عتقه وتصح منهما عن مولاهما كما فى المنبع و اطلق الصبى

والمجنون لانهما لايؤاخذ ان بعد البلوغ والافاقة لعدم انعقادها كما فى الشروح (قوله و بما يعبر
عنها) اى يعبر به عنها وفيه حذف ايصال كما فى المشترك اى المشترك فيه ومثله شايع ولم يذكرها محمد
العين والفرج واما فى العين مطلقا والفرج اذا كانت مضافة الى المرأة ينبغى ان يصح اضافة الكفالة
اليهما كما فى لذخيرة والتاتارخانية وحكى عن الفقيه ابى بكر البلخى ان العين لايصح بها الكفالة
ولا الطلاق الا اذا نوى جميع البدن انتهى والذى يجب ان يصح بها الكفالة والطلاق لانها
مما يعبر به عن الكل كما فى فتح القدير (قوله و بجزء شايع) اى من المكفول عنه هذا هو المراد
اذ لوقال كفل لك ثلثى اونصفى لم يجز كما فى سراج الوهاج (قوله لابانا ضامن لمعرفته) وعن ابى
يوسف تصح به للعرف لانهم يريدون به الكفالة كما فى المنتقى وقال الفقيه ابو الليث فى النوازل
ماروى عن ابى يوسف غير مشهور والظاهر قولهما وفى خزانة الواقعات وبه يفتى اى بظاهر
الرواية كما فى القدسى وذكر فى الحماية وماروى عن ابى يوسف من صحة الكفالة به غير مشهور
والمشهور انه لايكون كفيلا وبه يفتى انتهى وفى الخلاصة وعليه الفتوى (قوله واختلف فى انا
الى آخره) والوجه ان يلزم لانه مصدر يتعدى لاثنين فقد التزم ان يعرفه الغريم بخلاف معرفته
فانه لايقتضى الا معرفة الكفيل للمطلوب كما فى فتح القدير وانت خبير بان ظاهره ترجيح صحة
الكفالة به ولكن لابس فيه التزام التسليم وهو المطلوب غايته ان التعريف لايقتضى حضور
المطلوب فلعل الراجح عدم صحتها به تدبر (قوله لكن لايحبسه اول مادعى) اطلقه فشمل ما
لو اقر او ثبت بالبينة وهو مختار الخصاف وفى ظاهر الرواية كذلك فى الاقرار اما فى البينة يحبسه
ولو اول مرة كما فى البزازية وذكر فى الخزانة اذا كان مقرا بالكفالة لايحبسه اول مرة وانما يحبسه
بعد الدفع مرتين اوثلث مرات وان كان منكرا فقامت البينة اونكل عن الحلف عند القاضى
يحبسه فى اول مرة وكذا فى عامة الحقوق انتهى (قوله مدة ذهابه وايابه) بفتح الذال وكسر
الهمزة (قوله امهله) هذا اذا اراد الكفيل السفر اليه فان ابى حبسه الحاكم وان كان فى
الطريق عذر لايؤاخذ الكفيل به كما فى البزازية (قوله فان كان له خرجة) هذا هو المذكور
فى الشروح على الوجه المختار ونقلوا على وجه ضعيف عن البعض انه لايلتفت الى قول الكفيل
ويحبس حتى يظهر عجزه ولايحلفه (قوله و به يفتى فى زماننا) وهو قول زفر واحدى سبع مسائل
يفتى فيها بقوله كما فى القدسى مفصلا وليس المراد الحصر كما فى البحر الرائق (قوله يطالب بها
بعده) اشار به الى انه يصير كفيلا للحال ولكن لايطالب به الا بعد الشهر فيكون ذكر الشهر
لتأخير المطالبة وثمرة كونه كفيلا للحال انه لوسلم المكفول عنه اليه يجبر على القبول كما فى منية
المفتى وفيه ايضا و عن ابى يوسف انه يصير كفيلا للحال الى المدة فاذا مضت يخرجه القاضى
عن الكفالة وذكر السرخسى كذلك وبه يفتى انتهى (قوله بذرفتم) قيل الصواب بذيرفتم
بالياء اقول بذرفتن لغة فى بذيرفتن صرح به فى لغة نعمة الله والاول اكثر فى الاستعمال من الثانى
كما لايخفى على من تدرب (قوله ولو عبد الكفيل لم يقل ولو عبدا) اشارة الى ان الكفيل بما برئ
بموت المكفول عنه مع انه مالك رقبته فبرأته بموته عند عدم كونه مالكا لها يكون بالطريق
الاولى نعم يشمل العبد باطلاقه عبد الكفيل والاجنبى بل باطلاق النفس المطلوبة تشمل الحر
والعبد من غير حاجة الى تصريح العبد ولكن المتبادر فى التصوير فى قوله وكفل بنفسه رجل
الاجنبى فيوهم انه لوكان الكفيل مولاه لم يبرأ ولذلك اختار المصنف هذا فظهر ان ما اختاره
هو الاولى وان لفظ رجل فى التصوير بقرينة ما افاده المتن يكون اعم فلله دره (قوله واما اذا

كان المطالب رقبة العبد بان يدعى المدعى الاستحقاق فكفل الكفيل بنفسه وانما صوروا ثمه بكون الكفيل اجنبيا لان كفالة المولى لم يظهر لها وجه فيه كما لا يخفى فيظهر وجه آخر للفظ رجل فى التصوير ههنا لانه قابل به تصوير الثانى وقوله فان هذا الخ مرتبط بقوله وبرئ الكفيل على اعتبار كون المكفول به عبدا تدبر (قوله وبتسليم الكفيل اومأموره) قيل كان الظاهر ان يقال وبتسليم نفسه وتسليم مأموره اقول هذه العبارة ليست باخصر من عبارة المصنف على ان عبارته اوضح فالاوضحية تصلح ان تكون نكتة للاظهار فى مقام الاضمار كما لا يخفى (قوله متعلق بقوله وبتسليم) فيه نوع مسامحة فى التعبير اذ المتعلق تسليم فقط ولا تكرير فى المتن حتى يدفع بذلك التوهم (قوله وان لم يقبل) وكذا وان لم يقبل الطالب لان قبوله ليس بشرط للتسليم بل ينزل ذلك منزلة القابض كالغاصب اذا رد العين اليه تركه هذا القيد هنا لافادته قوله فيما بعد وفى تسليم الاجنبى الخ (قوله قائلا) حال من فاعل التسليم على ان يكون مأمور الكفيل او المطلوب وقوله تسليم المأمور نفسه الصواب المطلوب نفسه (قوله ان لم يسلمه غدا) اى ان لم يسلم الكفيل نفس المكفول عنه وقوله فهو ضامن قيد اتفاقى اذ لو قال فعندى لك هذا المال اوالى هذا المال لزمه لان عندى يراد به الوجوب فى الدين كما فى الخانية وقد سبق ان الى بمعنى على (قوله لما عليه من المال) قيد به لانه لو التزم المال على سبيل الرشوة لم تصح الكفالة بالمال كما فى البرجندى ولم يقيد بمعلومية القدر لان صحة الكفالة لم تتوقف على معلومية القدر كما فى فتح القدير واشار بما عليه ان الدين واجب اما بالاقرار او بالبينة لما فى السراجية انه لو ادعى الفا فانكره فقال له رجل ان لم اوافك به غدا فهى على ولم يواف به غدا لا يلزمه شئ لان المطلوب لم يعترف بمال ولا الكفيل ايضا فصار مالا فعلقا بخطر فلا يجوز انتهى (قوله ولم يسلمه غدا) هذا اذا لم يتغيب الطالب اما اذا تغيب فى الغد فعن ابى يوسف انه يرفع الكفيل الامر الى القاضى فينصب وكيلا عن الطالب ويسلمه اليه يبرأ قال الفقيه ابو الليث اذا علم القاضى ان الخصم تغيب لذلك وفعل هذا كان حسنا كما فى الذخيرة ولو اختلفا فى التسليم فالقول للطالب والمال لازم على الكفيل ولو برهن الكفيل قبل ولا يمين على واحد منهما لان كلا منهما مدع الكفيل البراءة والطالب الوجوب ولا يمين المدعى كما فى الخانية والبزازية (قوله واذا لم يواف به) مفاعلة من الوفاء (قوله لا يبرأ من الكفالة بالنفس اذ لم يوجد سبب البراءة ولا تنافى) وقد صرح فى الخزانة وفى كثير من شروح الهداية بانه لا يبرأ عن الكفالة بالنفس وان ادى المال لجواز ان يدعى عليه دينا آخر وقد صرح صدر الشريعة بانه يبرأ اذا ادى المال لانه لم يبق للطالب على المكفول عنه شئ فلا فائدة فى الكفالة بالنفس وافتى باثره صاحب الحماية اقول ومن الله التوفيق ان كفالته بالنفس لو كانت على الاطلاق وان كفالته بالمال لو معلقة فى الضمان على العموم كما هو فى المتن فالظاهر ان لا يبرأ عن الكفالة بالنفس وان ادى المال المدعى لاحتمال ان ما اداه بعض ما عليه وان كانتا على الخصوص كما هو فى الشرح فينبغى ان يبرأ عنهما فحينئذ لا يكون مخالفة بين كلامى الشراح تدبر (قوله فان مات المطلوب) اطلقه فشمل ما لو مات بعد مضى الغد او قبله اما الاول فظاهر واما الثانى فان الموت لم يوضع لفسخ الكفالة وانما ينفسخ به فيما يرجع الى المطالبة بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل عن التسليم المستحق بعقد الكفالة ولا ضرورة الى القول بانفساخها فى حق الكفالة بالمال كما فى النهاية والعناية وذكر فى الظهيرية انه لو مات قبل الغد لم يلزم المال لان المطالبة بالتسليم يكون فى موضع الرجاء ولا رجاء بعد الموت فلم يصح المطالبة فلم يوجد الشرط فلا تتحقق الكفالة بالمال ومشى عليه صاحب فتح القدير حيث قيد اطلاق

الهداية وقال فان مات المكفول عنه يعني بعد الغد ضمن المال انتهى (قوله ضمن وارثه) يعني
اذا مات بعد مضي الغدا وقيل مضيه ثم مضى الوقت اما اذا اسلم الوارث المطلوب قبل مضيه
لم يلزم المال الكفيل وان ابى المكفول له عن القبول كما في فتح القدير واشار بهذا التفسير الى ان
قوله وارثه فاعل ضمن المقدر فيكون التقدير فضمن وارثه والماضي المقارن بالفاء اذا وقع جزاء
الشرط لزم ان يكون بقد صرح به في محله فاللايق ان يقدر المضارع فيستغني عن ذكر قد
وهكذا الكلام في قوله اي طلب (قوله فكذا اي طلب وارثه) اشار به الى ان هذا من قبيل
قولهم متقلدا سيفا ورمحا اي وحاملا رمحا لان شان وارث الطالب الطلب لا الضمان فلا يعد
مثل هذا مسامحة كما لا يخفى (قوله ولم يبينها الخ) اشار به الى انه لو بينها عند الدعوى تصح
الكفالتان بالاتفاق هذا ما اختاره ابو الحسن الكرخي وقد اختاره المصنف واما على ما نسب الى
ابي منصور الماتريدي لم تصح الكفالة بالمال وان بينها عند محمد وهو مختار صاحب الهداية وقد تبعه
صاحب الوقاية وترك قيدا في المسئلة وهو قوله ولم يسلمه غدا ولا بدمنه حوالة على الفهم من
المسئلة السابقة ومثله لا يعد ايجازا مخلا كما لا يخفى (قوله والقول له اي للكفيل في البيان) الصواب
للطالب وهو الموافق للنهاية والبيانية حيث صرحا بان البيان للمدعي اذ هو يدعي صحة الكفالة
والكفيل يدعي الفساد وهكذا ايضا في الذخيرة (قوله لا جبر الى قوله عنده مطلقا) واذا لم يجبر عليه
عنده فيلازمه الى قيام القاضي عن المجلس فاذا احضر البينة فيها والا خلي سبيله وقوله وعندهما
يجبر الخ والمراد بالجبر الحبس ان يحبس حتى ان يعطي الكفيل بل يلازمه ولا يدعه ان يدخل بيته
الا وهو معه او يجلس معه خارج البيت او يعطي كفيلا كما في فتح القدير (قوله بخلاف الحدود)
الخالصة كحد الزنا والشرب فلا كفالة فيها لا قبل الشهادة ولا بعدها اما الاول فلانه لم يسمع دعوى
حد فيها حتى يلزم الاحضار واما الثاني فلانه يحبس بشهادة واحد عدل فلا معنى للكفالة
في الشروح (قوله اوعدل) اطلقه فشمل من يعرفه القاضي عدالته ولم يجب ان يشهد بعدالته
عدلان او تعرف بالشهرة كما في الشروح (قوله فيليق بها) الاستيثاق والتعزير محض حق
العبد يحبس فيه المطلوب على اعطاء الكفيل كما في الاموال كما في البيانية (قوله لانه غاية عقوبة
فيها) واقصى العقوبة في الحدود الضرب او القتل (قوله واو جهل المكفول به) قيد به لان
جهالة المكفول عنه او المكفول له يمنع صحتها على ما سيجيء اما في الثاني فمطلقا واما في الاول
اومضافة اومعلقة كما اذا قال ان غصبك انسان فعلي واما في المرسلة فصحيحة ايضا كما اذا قال
لغيره اسلك هذا الطريق فان اخذ احد مالك فانا ضامن كان الضمان صحيحا مع ان المضمون
عنه مجهول كما في شرح الجامع لشيخ الاسلام الحاصل ان جهالة المكفول له تمنع صحتها مطلقا
وجهالة المكفول به لا تمنعها وجهالة المكفول عنه في التعليق والاضافة تمنع صحتها وفي التنجيز
لا يمنع كما في فتح القدير (قوله الدين الصحيح دين) وقيل الدين الصحيح دين له مطالب من جهة
العباد حقا لنفسه والمطلوب لا يقدر على اسقاطه من ذمته كما في الحماية والعناية وذكر في فتح
القدير دين الزكوة مما يحترز عنه ايضا فلا تصح الكفالة فيه وفي السراجية انه لا يصح ايضا
في بدل السعاية عنده خلافا لهما اقول ان كون دين الزكوة مما يحترز عنه على ما في الحماية اظهر
مما ذكره المصنف وان كان عامة الشروح عليه وان قول الامامين يرى انه اقوى ثم قيد الدين
بناء على الغالب لما سيجيء من ان الكفالة تصح ايضا في العين لكن لا مطلقا بل اذا كان مضمونا
بنفسه كالمغصوب الى آخر ما ذكره المصنف او المراد من الدين اعم من ان يكون حقيقة او حكما

لمتقرر ان الدين المضمون بنفسه يجب على القابض اماردعينه اذاقام واما ردقيمته ان هلك فتقرر انه دين صحيح مطالب من قبل العباد (قوله بالف) يعنى بالف درهم عليه مثال لما كان معلوما وما بعده كله امثلة الكفالة بالمجهول (قوله اذا استحق المبيع) وثبت الاستحقاق على البايع وليس للمشترى ان يخاصم الكفيل اولا فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف انه له ذلك كما فى السراجية (قوله و بمابايعت فلان) اطلقه فشمل ان الطالب يطلب جميع ماثبت له بالمبايعة بعد هذه الكفالة له كما فى العمادية و لورجع الكفيل عن هذا الضمان قبل ان يباعه ونهاه عن مبايعته ثم بايعه لم يلزمه كما فى الولوالجية ولوانكر الكفيل والمطلوب المبايعة فبرهن الطالب على احدهما بالمبايعة والتسليم لزمهما كما فى البزازية (قوله اى مابايعت منه) اشار بهذا ان الكفيل يقول مابايعت من فلان فعلى اى على ثمنه وهكذا الحال فى ماذاب اى ماذاب لك عليه فعلى كما هوالمصرح فى الهداية (قوله اى وجب) اشار به الى ان الذوب واللزوم عبارة عن الوجوب كما هو فى عرفنا واما فى عرف اهل الكوفة يراد بهما القضاء فما لم يقض على المكفول عنه للمكفول له بعد الكفالة لم يلزم الكفيل و يجوز ان يفتى بالاول كما فى المنصورية و البرجندى وعليه كلام المصنف كما لا يخفى وذكر فى الولوالجية لورجع الكفيل قبل الذواب لم يصح وفرق بينه و بين المبايعة وهو ان فى المبايعة بنى الضمان على الامر بالمبايعة وهو غير لازم بخلاف الذوب لانه غير مبنى على غير لازم انتهى (قوله ومافى هذه الصورة شرطية) ظاهر هذه اشارة الى قوله ماذاب وتصور معنى الشرطية فى مابايعت لما ان مافيهما شرطية فيكون كلتا الصورتين منتظمتين فى عبارته وذكر فى البحر الرائق ان قبول المكفول له شرط للحال فى هذين الصورتين لاعند المبايعة والذوب انتهى (قوله وهو مكفول عنه) قيد به لانه لوكان اجنبيا كان التعليق بقدومه باطلا كما فى هبوب الريح كما فى العناية اقول ان ماذكر فى القنية والبزازية والبدايع على ان الحق اذا كان المعلق به قدوم شخص وسيلة الى الاداء فى الجملة مثل ان يكون مضارب المكفول عنه اومديونه فحينئذ يصح ايضا بل لايكون اجنبيا تدبر (قوله من الامثلة المذكورة) وهى ماذاب ومابايعت وفى ايراد صيغة الجمع تبع شراح الهداية بناء على ان الامثلة فيه ثلثة هما وماغصبك فلان على ومثل هذا كثير من المصنف (قوله فانها اسباب) اى فان الاشياء الثلثة استحقاق المبيع وقدوم زيد وغيبته اسباب بالتزام الكفيل وهو المراد على الاخيرين انهما لبساسببين فى انفسهما وقلت يظهر من كونها اسبابا ان اطلاق الشرط على كل منها مجاز كما لا يخفى (قوله اقول قوله سهو خطأ) ومشى الاتقانى على ظاهر الهداية وتبعه البرجندى وصاحب تنوير التلخيص الاان الكمال المحقق ابن الهمام حكم بان الكفالة اذا كان الشرط فى صلبها تبطل ولايتعلق بها شئ وهو المصرح به فى المبسوط والخانية والخلاصة وصحح تعليل الهداية بحمل لفظ تعليقها على معنى تأجيلها بجامع ان فى كل منهما عدم ثبوت الحكم فى الحال والظاهر من كلامه ان الرواية فيه واحدة وهى بطلانها وتبعه المقدسى ووافقه تحقيق صاحب المنح وامر بالاغتنام بهذا وحكم بوجوب حمل تعليل الهداية فظهر ان لارواية فيه الا واحدة وماقيل ان هذا اذاكان قول صاحب الهداية الاانه تصح الخ مستثنى من قوله لايصح التعليق الخ اما اذا تعلق بمسئلة التأجيل وهو قوله قبيل هذا الاستثناء وكذا اذا جعل واحد منهما اجلا فحينئذ يستقيم الكلام و يطرد موارده مدفوع بانه مخالف للسوق لان قوله لايصح التعليق دون ان يقول لايصح الكفالة بالتعليق اقتضى كون

الاستثناء منه لامن قوله اذاجعل ومقتضى كون التأجيل عين الشرط ولاحاجة له (قوله يؤيده)
اى يؤيد هذا الظاهر وهو كون الروايتين فيه وجه التأييد ان جواز تعليقها بشرط غير متعارف نظير
عدم بطلانها بالشرط الفاسد وماذكره الصدر الشهيد فى شرح الجامع الصغير ان الكفالة
يحتمل التعليق بالشرط المتعارف ولا يحتمل بما ليس بمتعارف كدخول الدار رواية وما ذكره
هنا دلالة واذا تقابلتا تصير الدلالة دونا من الرواية على ان صاحب الذخيرة رد كونها دليلا
بان المولى باعتاق العبد يضمن قيمته للغرماء فهذا اضافة الضمان الى سبب الوجوب وليس
بتعليق على الحقيقة واضافة الضمان الى سبب الوجوب جائزة فيصح الضمان فى تلك المسئلة
من هذا الوجه انتهى (قوله ولاتصح ايضا بجهالة المكفول عنه) ولم صرح بهذا مع ان التقييد
بجهل المكفول به فيما سبق يغنيه على سبيل المفهوم تصريحا بما علم التزاما ليكون كالمتفرع
عليه الا انه لم يأت بالفاء اما حوالة على الفهم اولكونه متفرعا على المفهوم اولبعد المسافة (قوله
فانها يجوز كما مر) اطلقه وليس على اطلاقه حوالة على الفهم لما مر ان الكفالة فى الحدود الخالصة
لاتكون اصلا (قوله للعجز عن التسليم) تعليل للنفى وقوله لانه استحق عليه الحمل تعليل للعجز
وضمير عليه للكفيل والحمل امارفع اونصب لان فى استحق يجوز وجهان وقوله والكفيل ظاهر
فى موضع الضمير ولم يقيد الدابة بكونها مملوكة للغير لعدم الحاجة اذالكفالة لحمل دابة نفسه
غير متصورة وهذا الشرح بعبارته من شرح الزيلعى قيد بالحمل لانه لوكفل بتسليم دابة معينة
مستأجرة جازت كما فى المبسوط وذكر فى الفتح الحق ان الواجب فى الحمل على الدابة معينة
اوغير معينة ليس بمجرد تسليمها بل المجموع من تسليمها والاذن فى تحميلها ففى المعينة لايقدر
على الاذن فى تحميلها اذليست له ولاية عليها ليصح اذنه الذى هومعنى الحمل وفى غير المعينة
يمكنه ذلك عند تسليم دابة نفسه اودابة استأجرها انتهى (قوله ولابالثمن) اراد به ثمن ماباعه
الوكيل اذ لوكفل بثمن وكل بقبضه صح قيد بالموكل اذلوكفل بالثمن للمرسل صحت والوكيل ببيع
الغنائم عن الامام كالرسول وقد سبقت هذه المسئلة فى باب الوكالة بالخصومة (قوله وللشريك
عطف على قوله للموكل) اى ولابالثمن للشريك الخ اقول وصف الثمنية وقيد اذابيع الخ اتفاق
بل المراد دين مشترك لان كل دين مشترك فحكمه كذلك صرح به فى الفصول العمادية والمسائل
على هذا التعميم كثيرة فى الخانية وغيرها وقوله مقررا فى حين بالقاف كما فى النسخ والموافق
لما فى نسخ شرح الزيلعى ان يكون بالفاء من الافراز وهو اللائق وهذا الشرح منه (قوله
وان باعا) ظاهره على ان تعدد الصفقة ببيان ثمن كل حصته وتكرر لفظ البيع وهو الموافق
لما اختاره فى صدر كتاب البيع وقد سبق التحقيق ثمه (قوله ولابالعهدة) اى ولاتصح الكفالة
بالعهدة وصورتها اذا اشترى احد عبدا وضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل كما فى البرجندى
واعلم ان ضمان الدرك جائز بالاتفاق وضمان العهدة باطل باتفاق ظاهر الرواية وضمان الخلاص
مختلف فيه هذا ماذكره الامام القاضيخان وتبعه صاحب الهداية والمصنف وذكر صدر
الشهيد فى ادب القاضى للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحدة عند ابى
يوسف ومحمد وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق وذكر فى الفوائد الظهيرية وذكر
بعض مشايخنا ان عند ابى حنيفة ضمان العهدة ضمان الدرك هذا زبدة ما فى النهاية وفتح
القدير (قوله لان معناه عنده تخليص المبيع) افرده بالذكر لانه لوضمن تخليص المبيع اورد الثمن
اواراد ذلك واتفقا على ارادته صحت اتفاقا كما فى فتح القدير (قوله لانه فى معرض الزوال

لايقال ان الكفالة بمال الحوالة صحيحة مع انه دين يسقط بغير القضاء والابراء وهو التوى لانا نقول كون موت المحتال عليه مفلسا قبل القضاء والابراء امر بعيد بل نادر بخلاف عجز المكاتب فافترقا هذا (قوله ولا عن ميت مفلس) اطلقه ولكن المراد ميت مفلس لاتركة له ولا كفيل عنه ايام حياته بل المراد بالمفلس من لم يوجد واحد منهما واطلق الرجل فى التصوير فشمل الاجنبي و الوارث ولو ابنه كما فى معراج الدراية وقيد بافلاس الميت لانه لوكان مليئا صحت الكفالة بالاتفاق سواء كان الكفيل وارثا اواجنبيا كذا فى فتح القدير وغيره واطلق عدم صحة الكفالة عن ميت مفلس الا انه استثنى منه مفلس تفوت ذمته بلحوق دين بعد الموت فان الكفالة صحت بذلك الدين كمن حفر بئرا فى الطريق فتلف فيها شئ بعد موته مفلسا لزمه ضمان النفس على عاقلته وضمان المال فى ماله لان ذلك الدين قد ثبت مستندا الى وقت الحفر وذمته قائمة عند ذلك الوقت والمستند يثبت اولا فى الحال ثم يستند فوجب القول بصحة الضمان لعدم المانع كما فى التحرير وشروح البزدوى لا يقال واستثنى منه ايضا مفلس قتل واو عمدا لان القصاص وان لم يكن مالا الا انه يحتمل ان يصير مالا بعفو البعض او بتمكن الشبهة وتوهم ترك المال يكفي فى صحة الكفالة كما فى تقرير البزودى لانا نقول يمكن دفع ذلك بان المفلس المقتول لا يعد مفلسا اما فى صورة كونه قتيلا خطأ فظاهر واما فى صورة كونه قتيلا عمدا فللتوهم فيكون من قبيل من له التركة فلا يكون مفلسا فظهر ان قولهم لاتصح الكفالة عن الميت المفلس عنده ليس على عمومه كما لايخفى (قوله بدين يجب) الصواب بمال يجب وقوله ويخلفه وهو الكفيل الكائن قبل سقوطه وقوله فسقط ضرورة اى فى احكام الدنيا كما فى الشروح (قوله ولا بلاقبول الطالب الخ) السوق على ان عدم الصحة فى الكفالة بالمال الا ان الكفالة بالنفس كذلك من غير فرق كما فى الشروح اطلق عدم الصحة الا انه مقيد بما اذا لم يقبل عن الطالب فى المجلس فضولى فان قبل عنه يتوقف على اجازة الغائب كما فى الخلاصة (قوله تكفلوا عنى الخ) اشار به الى انه لابد من امر المريض حتى لو لم يأمر بالكفالة لم تصح كما فى الهداية والى انه لاحاجة الى تجديد القبول لان المراد بالامر هنا تحقيق الكفالة لا المساومة والمشهورة واشار بقوله ما على - ولغرمائى الى ان هذه الكفالة صحيحة وان لم يسم المريض الدين ولاصاحب الدين وعليه ابتناء وجه الاستحسان كما ترى واشار بامره للوارث الى انه لوامر بها للاجنبي لم تصح وقد اختلف فيه قيل بالجواز تنزيلا للمريض منزلة الطالب وقيل بعدمه لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه بلا التزام فالمريض كالصحيح والاول اوجه كما فى فتح القدير وبالجملة هذا التكفيل لم يكن كفالة من كل وجه فلذلك لم تصح الا اذا كان له مال ولو كان كفالة مطلقا لصحت مطلقا ولم يكن وصية من كل وجه والا لصحت من الصحيح كما فى المقدسى فظهر ان قوله هذه وصية منه معناه كوصية منه قيل لا فائدة فى هذه الكفالة لان الوارث مطالب بقضاء دين الميت من ماله سواء قال تكفل عنى اولا وان لم يكن له مال لا مطالبة عليه سواء قال ذلك اولا اقول المتكفلون لا يخلون من ان يكونوا كل الورثة او بعضهم وان يتصرفوا تركة الميت اولا فان كانوا كل الورثة وتصرفوا تركته فلا يفيد هذه الكفالة الا التأكيد اما اذا لم يتصرف الكل تركته اوكان المتكفلون بعضهم سواء تصرفوا تركته اولا يطالبون بقضاء الدين بهذه الكفالة على ان هذا البعض يمكن ان يكون احسن اداء فيكون فيها نفع وفائدة للطالب وقد وقع الاشتباه لعدم الاطلاع على نقل فيما اذا تكفل بعض الورثة

بامر المريض وكان له مال غائب هل يطالب الكفيل بقضاء دين الميت من ماله
ثم يرجع في التركة الولاء كما في البحر الرائق والمقدسي اقول يمكن دفع هذا الاشتباه
ايضا بانه اذا كان ذلك المال ممكن الحصول والوصول للوارث المتكفل ينبغي ان يطالب الى
قدر مايصل اليه بعد رفع المؤنة عنه لان الفقهاء لم يشترطوا لهذا الكفيل قبض التركة
والتصرف فيها بل شرطوا وجدانها وامكان الاستيفاء منها كما لايخفى (قوله مطلقا في رواية
وهي الاصح) كما في الكافي وهي الاظهر عنه كما في فتح القدير (قوله وبه يفتى) وعبارة البزازية
وفي بعض الكتب ان الفتوى على قول الثاني انتهى يعني ابا يوسف رفقا بالناس كما في المنح
ولم اجد هذا في الجامع الكبير تلخيص مع انه ملتزم بمافيه (قوله بان يقول انا كفيل بمال فلان
الخ) وهكذا الكفالة بالنفس كما في الذخيرة وفيه ايضا واذا اختلفا فالقول قول الطالب الذي
يدعى ان هذا اقرار عن كفالة وجد فيها الخطاب والقبول حتى يؤاخذ به الكفيل انتهى اقول
المراد القول قول الطالب مع اليمين كما لايخفى (قوله والمرهون بعد القبض) اي اذا ضمن المرهون
عن المرتهن للراهن وعليه كلام المصنف في الشرح وهكذا في العكس كما في جامع الفصولين
(قوله وتجوز بتسليمها اي تسليم الامانات الخ) ونص في التحفة ان الكفالة بتسليم كل ماذكر
صحيحة وهكذا في التبيين وتبعه المصنف وماذكره شمس الائمة السرخسي في مبسوطه ان الكفالة
بتسليم العارية باطلة فقد رده صاحب معراج الدراية وفي الفتح احكم بنيان الرد بما لا مزيد
عليه ومن هنا يظهر ضعف مااشار المصنف الى ضعفه حيث قال وقيل ان وجب الخ (قوله
والا اي وان لم يجب تسليمها عليه كالوديعة الخ) فيه بحث لان الرد واجب بعد الطلب غايته
ان يقال الواجب التخلية بينه وبينها فنقول فليكن الواجب ذلك على الكفيل ايضا بعد
احضاره اليها قال في الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من الاخذ صحيحة انتهى فيكون المراد
بوجوب الرد ماهو اعم من هذا ومن حمل المردود اليه فظهر ان مااختاره المصنف هو المختار
كما لايخفى (قوله وتصح) اي الكفالة بالثمن ولو استحق المبيع برأي الكفيل وكذا لو رد بعيب بقضاء
وبدونه كما في الذخيرة ولو ظهر فساد البيع والكفيل دفع الثمن فهو مخير في الرجوع على البائع
والمشتري وان فسد بعد صحته بان الحق به شرطا فاسدا يرجع المشتري على البايع كما
في التاتارخانية (قوله والمغصوب فيلزم على الكفيل احضاره) وتسليمه لو قائما وقيمته ان هلك
كما في البحر (قوله والمقبوض على سوم الشراء) هذا اذا سمي الثمن ولو من جهة البايع والا
يكون امانة وهو الذي عليه الفتوى كما تقدم في البيوع والمضمون ان تسليم المقبوض لو قائما
وقيمته يوم القبض لو قيميا ومثله لو مثليا كما في المنح في البيوع (قوله فانها مضمونة) اي بنفسها
فيجب رد عينه لو باقيا ومثله وقيمته لو هالكا (قوله وتصح بالخراج) اطلقه فشمل الموظف
والمقاسمة كما في المقدسي وخصصه البعض بالموظف ونفى صحة الكفالة بالمقاسمة اقول المراد
الخراج الواجب عليه فيشملهما كما لايخفى (قوله والنوائب) اطلقه فشمل كلا نوعيه اما على
الاول فظاهر واما على الثاني فعلى القول المفتى به قال فخر الاسلام البزدوي تصح الكفالة
بنحو الجبايات وعليه الفتوى لانها في حق توجه المطالبة فوق سائر الديون والعبرة للمطالبة في باب
الكفالة حتى لو اخذت من الاكار فله الرجوع على صاحب الارض وصرح في الكافي بان من
قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط يوجر وان كان الآخذ في الاخذ ظالما (قوله
الا ان القسمة مايكون راتبا) وهي المقاطعات الديوانية في كل شهر او ثلثة اشهر او غيرها كما

في العناية وقيل المراد بها اجرة القسام مطلقا كما في الكافي (قوله وقدمر بيانه) اى في صورة بيان الكفالة بالمال وهو قوله وبمايدركك في هذا البيع الى آخره هذا هو المراد فلاحاجة الى جعله اشارة الى مامر في كتاب الرهن (قوله بموجبها) اشار به الى ان المراد من كفالة الشجة كفالة بموجبها وهو الارش (قوله للطالب مطالبة الاصيل مع الكفيل) اشار به الى ان له ان يطالبهما معا بل له ان يطالب الاصيل والكفيل وكفيل الكفيل وحبسهم جميعا كما في البزازية هذا اذا كان المكفول به حالا اما لوكان مؤجلا على احدهما لايطالبه قبل الاجل كما في البحر والمقدسي (قوله اذا قضى القاضي به) او رضى احد الغاصبين والمطالبة بالكفالة لما لم تتضمن التمليك بالقضاء او الرضاء كان للطالب مطالبة الآخر بعد مطالبة احدهما والتمليك انما تصور في الكفالة بالاستيفاء فاذا استوفاه من احدهما صار الدين ملكاله فلايكون له مطالبة الآخر ايضا كما في المنبع فظهر ان مطالبة احدهما لم تتوقف على الرضاء او القضاء ولاكذلك التضمين اذ هو متوقف على احدهما ولذلك لم يقيد المصنف مطالبة الآخر برضاه او بقضاء القاضي عليه لانه كما تكون بهما تكون بدونهما فالتقييد باحدهما او بكليهما يخل المقصود فكيف يكون ظاهرا كما لايخفى (قوله بمالك والحماية عليه) قيد به لانه لوكفل بماذاب لك عليه فعلى اومايثبت فاقر المطلوب بمال لزم الكفيل لان الثبوت حصل بقوله و ذاب بمعنى حصل ووجب وقدوجب باقراره بخلاف قوله بمالك عليه فان الكفالة بالدين القائم في الحال كما في المقدسي (قوله مع يمينه بان حلف) انه لايعلم انه وجب على الاصيل اكثر من هذا وانما يحلف على العلم لانه حلف فيمايجب على الغير كما في البرجندي والحماية (قوله فيمايقربه) ولواكثر مما اقر به المكفول عنه كما في البرجندي و اشار به الى انه لااعتبار لانكار الكفيل الدين فان كفالته بما وجب لرجل على فلان اعتراف بالواجب عليه فيرجع اليه بيانه بماله قدرمع يمينه على نفي العلم لاعلى البتات كما في الحماية والايضاح (قوله كفل بامره) الحقيقي كقوله اكفل عني او الحكمي ككفالة الاب لابنه الصغير بالاشهاد وعلى الرجوع كما في شرح المجمع لمصنفه والكفيل الذى اثبت عليه الكفالة بالامر وقضى بها عليه فادى فانه يرجع على الاصيل كما في تلخيص الجامع الكبير اطلق الامر لكن المراد امر من يجوز اقراره على نفسه بالدين حتى لوكان صبيا محجورا وعبدا محجورا وامر صحت الكفالة ولكن لايرجع على الصبي اصلا وانما يرجع على العبد بعد العتق ومعنى الامر ان يشمل كلامه على لفظ عني اوماقام مقامه من نحو على كما في الخانية وعزاه الى الاصل ونقل عن المجرد عن ابي حنيفة ان على لايقوم مقام عني واختار الاول في المنبع هذا اذا لم يكن المأمور شريكا له اوخليطا له اوفي عيال الامر او لآمر في عيال المأمور كالزوج والزوجة فاذا كان واحدا منهم يرجع على الآخر وان لم يقل اكفل عني ونحوه واذا لم يكن واحدا منهم لايرجع عندهما ويرجع عند ابي يوسف و تفسير الخليط ان يكون بينهما اخذ و اعطاء ووضع الدراهم عنده و الاستجرار منه كما في الشروح (قوله ولايطالبه قبل الاداء) ولكن للكفيل ان يأخذ رهنا من الاصيل كما في الخانية اقول اذا هلك الرهن في يد الكفيل بعد اداء الكفيل الدين ينبغي ان يتقاصا قبل ادائه ينبغي ان يهلك مجانا وكذا لوهلك بعد اداء الاصيل قبل طلب الرد والامتناع تدبر (قوله وبدونه لم يرجع) هذا اذا لم يوجد الامر حقيقة او حكما اما اذا وجد ولو حكما يرجع كما لوكفل بحضرة الطالب والمطلوب فرضي المطلوب اولايرجع الكفيل عليه ولورضي الطالب اولا لم يرجع لانه تم العقد به كما في الخانية (قوله قال اضمن الفا لفلان علي) المذكور في الكتب بدون علي و قد سبق

الاشارة من المنبع والخانية الى انه لافرق بين عنى وعلى-على المختار فظهر ان الظاهر تركه على حتى يصح الحكم بعدم الرجوع والى ان هذا عندهما ويرجع عند ابى يوسف وان لم يضف الضمان الى نفسه بان لايقول عنى اوعلى (قوله لازم) اى الكفيل المكفول عنه اذا كانت بامره والافلا ملازمة ولاحبس كما فى المنبع واذا لم يكن للاصيل على الكفيل دين واذا كان حالا على الاصيل كالكفيل بخلاف ما اذا كان حالا على الكفيل دون الاصيل كما فى السراجية وكيفية الملازمة ان يدور معه حيث دار بامر القاضى ويجلس على باب داره عند دخوله على اهله ولايلازمه فى المسجد وبه يفتى ولوكان المكفول عنه امرأة يستأجر امرأة تلازمهـا كما فى الخانية (قوله حبس هو المكفول عنه) هذا اذا لم يكن احد الابوين او الجد اوالجدة كما فى الخلاصة ومنع المحبوس عن الكسب مختار الامام السرخسى قال صدر الشهيد هو الصحيح قال الامام قاضيخان الفتوى على انه لايمنع عن الكسب لكن يمنع عن الوطئ وسائر انواع التنعم كما فى المنصورية اقول اختلف التصحيح والارجح عدم المنع لما كان الفتوى عليه وقدمر غير مرة (قوله ابرأ الطالب الاصيل بالابراء) هذا عو الظاهر ولوبرئ الاصيل بادائه اما لو برئ بالحلف لايبرأ الكفيل لان الحلف يفيد براءة الحالف فحسب كما فى القنية (قوله ان قبل اومات) قبل القبول اوالرد فيقوم الموت مقام القبول كما فى فتح القدير ومثل الابراء التأخير فى حق الاصل اما الابراء فى حق الكفيل لايرتد برده والتأخير يرتد برده كما فى الذخيرة والحماية وقيد بالتأخير لان المطالبة لوتأخرت عن الاصيل يطالب الكفيل الحال ككفيل عبد محجور يلزمه اداء شئ بعد عتقه وكفيل معسر تأخرت مطالبته لاعساره ككاتب صالح عن دم عمد وكفل به رجل ثم عجز كما فى الخانية وغيره (قوله وان لم يقبل) قيد به لان التأخير يعتبر بالقبول لما سبق الآن (قوله اذ لادين عليه) كما هو الاصح (قوله واووهب الدين) وكذا لواعطى الكفيل مائة الطالب على ان وهب الطالب للكفيل تسعمائة رجع الكفيل على الاصيل بالالف كله وكذا لو باع الطالب الدين من الكفيل بمائة رجع الكفيل على الاصيل بكل الالف و يتحول الدين الى ذمة الكفيل تصحيحا لتصرف الطالب والكفيل من المبادلة الموهبة للتمليك فلايكون من قبيل تمليك الدين من غير من عليه الدين كما فى الحماية (قوله صالح احدهما) قال فى القنية (قب) صالح الداين مع الاصيل يبقى الكفيل بالمال على كفالته ان كان الصلح بجنس الدين والافلا انتهى اقول هذا مخالف لما فى المتن لانه يقتضى براءة الكفيل اذا وقع صلح الاصيل بجنس الدين والعمل فى مثله بما فى المتن صرح به فى محله (قوله صالح) اى الكفيل عن موجب الكفالة حتى لوصالح الكفيل على مائة درهم على ان ابرأ الكفيل خاصة من الباقى اخذ جميع الدين من الاصيل وان شاء اخذ من الكفيل مائة و من الاصيل ما بقى و يرجع بمائة على الاصيل ان كان الصلح بامره كذا فى شرح الطحاوى ونقله صاحب النهاية من غير تعرض اقول هذا اذا كانت الكفالة بغير امره وان كانت بامره فلاحاجة الى ان يكون الصلح بامره فى الرجوع تدبر كما لايخفى وفى الخانية ان صالح الكفيل المكفول له على مال ليبرأه عن الكفالة لايصح ولايجب المال على الكفيل وفى براءته عنها روايتان انتهى وهذا باطلاقه شامل للكفالة بالمال والكفالة بالنفس كما فى البحر الرائق (قوله واختلف فى برئت) وقيل ابو حنيفة مع ابى يوسف فى هذه المسئلة وكان صاحب الهداية اختاره حيث اخره وهو اقرب الاحتمالين فالمصير اليه كما فى العناية وماقاله محمد من ثبوت ادنى الاحتمالين انما يتم اذا كان اللفظ فى الاحتمالين متساويين وهنا ليس كذلك لان البراءة بالقبض كالحقيقة لبرئت ومعنى الابراء كالمجازله كما فى البيانية والمجاز القريب

الى الحقيقة اولا لما صرح به فى محله فظهر ان قول ابى يوسف هو المختار كما لايخفى (قوله اصدور الاجال عنه) يعنى الابهام لان كل واحد من الالفاظ الثلثة ليس مجملا اصطلاحيا وتوقف العمل بها عند حضور الطالب بناء على ان ما ذكر فيها من التعليل كله استدلالى وبيان الطالب صريح فلما امكن العمل بالصريح سقط العمل بالاستدلال لانه لايقابله كذا افاده الكاكى (قوله لايصح تعليق البراءة منها بالشرط) اطلقه فشمل الشرط المتعارف وغيره وعليه كلام التحفة والبدايع وقوله وقيل يصح الخ قائله شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه وهذه الرواية على اطلاقه ايضا وهى اوجه كما فى فتح القدير لان البراءة اسقاط محض وان كان فيها معنى التمليك كما فى الحماية وقوله وقيل اذا كان الشرط الخ فعلى هذا اطلاق الشرط فى المتون محمول على شرط غير متعارف ويكون اختلاف الروايتين مبنيا على اختلاف الشرطين فرواية عدم الجواز فيما اذا كان غير متعارف ورواية الجواز فيما اذا كان متعارفا كما فى معراج الدراية الجواز فيما اذا كان متعارفا كما فى معراج الدراية اقول كلام التحفة والبدايع لم يوافق هذا التوفيق والظاهر من اطلاق المتون الشمول كما لايخفى (قوله لان الكفيل التزم الدين الخ) هذا التعليل لم يوجد فى الكتب كما قيل مع انه ساقط الاعتبار لان الكفيل وان التزم الدين مؤجلا الا انه انقلب الى المعجل بموته فرجوع الوارث بالمعجل يكون رجوعا بما ادى فيرى له وجه كما قال به زفر الا ان ائمتنا الثلثة ذهبوا الى ان الوارث لايرجع قبل حلول الاجل لان الدين اومطالبته انتقل فى حق الكفيل بموته الى التركة ضرورة وهى عين لا تقبل التأجيل وما ثبت ضرورة يتقدر بقدرها فى حقه فلا يتعدى الى الغير وهو الاصيل والدين فى حقه مؤجل فلا يبطل بلا رضاه هذا على ان الكفيل لوادى الدين المؤجل قبل حلول الاجل لايرجع على الاصيل فكذا الوارث هذا زبدة ما فى الظهيرية والكافى والتتمة اقول هذا هو الموافق لما سبق ان رجوع الكفيل بما ادى الى المكفول عنه انما يكون رجوعا بحكم الكفالة فيرجع الوارث بما ضمن الكفيل لابما ادى نفسه لان انقلابه بالمعجل انما هو بحكم الموت فلا يظهر فى حق الاصيل تدبر (قوله حل عليه اجل) فقط هذا بالاتفاق وفى قوله فقط ليس ابهام كون حلول الاجل فى المسئلة السابقة على الاصيل والكفيل معا لان قوله فان ادى وارثه الخ يقطع هذا الابهام ويدفعه وقوله لان دينه ثابتة الظاهر ان يقال لان مطالبته الا ان المطالبة لما كانت وسيلة اليه عبر به عنها طيا للمسافة لا ان هذا التعبير بناء على اختيار قول من قال بثبوت الدين على الكفيل كما لا يخفى (قوله لايسترد اصيل ما ادى الى كفيل) اطلقه فشمل ما دفعه له على جهة القضاء واخذه على وجه الاقتضاء وما كان دفعه واخذه على وجه الرسالة وعلى الاول يملكه الكفيل وعلى الثانى هو امانة فى يده وكلاهما سواء فى عدم الاسترداد كما فى الشروح وقوله ليدفعه الى طالبه بالنظر الى اشتمال المتن على الوجه الثانى وليكون اشارة الى ان عدم الاسترداد فى الوجه الاول بالطريق الاولى وشمل ايضا ان ما اداه اليه اعم من ان يكون مما يتعين اولا اذ لا فرق بينهما فى عدم الاسترداد ايضا ولله در المصنف حيث لم يقل الفا اداها الى كفيله لانه يوهم ان ليس الحكم كذلك فيما يتعين وشمل ايضا ما اداه اليه للدين ولم يقبل قضاء ولا بجهة الرسالة فانه يقع عن القضاء لانه الغالب كما فى القنية وقد سبق آنفا ان ثبوت ادنى الاحتمالين انما يتم اذا كان الاحتمالان متساويين وهنا ليس كذلك (قوله وان ربح الخ) هذه المسئلة وما بعدها متفرعان على مسئلة قبلهما لان المؤدى اعم مما يتعين اولا يتعين ولم يقيد طيب الربح فانه فى صورة

القضاء والاقتضاء بناء على انهما الغالبة ومثل هذا الاجمال غير بعيد فى المتون اوعلى ان مراده الاطلاق كما هو قول ابى يوسف فيكون هذا اختيارا له والاول هو الاظهر وعليه قوله لانه ملكه الخ وظاهر اطلاق الربح يعم مالوقضى الدين هو او الاصيل وانه لا يؤمر بالتصدق به ولوندبا كما فى الشروح (قوله وكان الربح بدل ملكه) لان الربح وقدر ذلك المال كان كلاهما بدل المال الذى كان ملكه بالقبض فيكون الربح بدل ملكه ايضا وهذا التعبير اولى من قول بعض الشراح والربح حصل على ملكه لان حصوله على الملك اعم من ان يكون بدل الملك اوعوضا خاليا عن البدل والثانى لايجوز كما لايخفى (قوله وندب رده) اراد به عدم جبر القاضى وهو لايستلزم عدم الوجوب فيما بينه و بين الله تعالى وكلام شيخ الاسلام هوان الرد واجب عليه فيما بينه و بين الله تعالى اوالتصدق به غيرانه يرجح الرد كما فى فتح القدير وعليه كلام المصنف حيث اكتفى به (قوله وهذا اذا قضى الاصيل الخ) وايضا هذا اذا اعطاه على وجه القضاء امالواعطاه على وجه الرسالة فالربح لايطيب له عند ابى حنيفة ومحمد ويطيب عند ابى يوسف كما فى النهاية والفتح وغيرهما وصرح بعض الشروح بانه لايطيب بالاتفاق ولم ار ذلك فى غيره فالتوفيق بالحمل على روايتين عنه فقط تدبر (قوله بيع العينة قالوا) هذا البيع مكروه اخترعه اكلة الربوا وقد ذمهم رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم فقال اذاتبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم وهذا مروى عن محمد وقيل اياك والعينة فانها العينة والمروى عن ابى يوسف انه قال ان العينة جائزة مأجورة لمكان الفرار فيها عن الحرام والاحتيال للفرار عن الحرام مندوب ولانه فعله كثير من الصحابة وحمدوا ذلك وقال مشايخ بلخ ان العينة خير من بياعات اهل سوقنا قيل هذا صحيح لان أكثر بياعاتهم فاسد والفاسد حرام فاين هو من بيع العينة الصحيح المختلف فى كراهته ثم كراهته تحريم اوتنزيه على اختلاف والكمال المحقق حكم بان مادفعه الدافع لو عاد فى هذا البيع اليه هو او بعضه كعود العشرة فى صورة اقراض الخمسة عشر فى الصورة الثانية وكعود الثوب فى الصورة الاول اذا اشتراه من المشترى الثانى بعشرة فمكروه والافلا كراهة بل هو خلاف الاولى هذا اقول ان ماهو مكروه ينبغى ان يكون مكروها بكراهة تحريم وماهو خلاف الاولى ان يكون مكروها بكراهة تنزيه ثم هذه المسئلة واقعة فتوى من ابن الكمال الوزير حين صور المستفتى بان العمل ايقع بالمروى عن ابى يوسف ام بانه مكروه اجاب بانه مكروه وان العمل به ثم اتفق آراء العلماء فى الدولة العثمانية ان الربح فى بيع العينة اوزاد على العشرة بما فوق درهم ونصف درهم فى السنة الكاملة يمنع ولايحكم به عليه وانما المحكوم به درهم مع عشرة وامر السلطان على استقرار هذا الحكم وانت خبير بان كونه على هذا المنوال لايقتضى عدم الكراهة رأسا بل هو جائز مع الكراهة الا ان الظاهر كراهة تنزيه سواء كان فى صورة عود كل المدفوع او بعضه الى الدافع اولا تدبر (قوله ولايلزم الامر بشئ) الباء فيه على مافى بعض النسخ زائدة لتأكيد النفى والتعميم وهو فاعل لايلزم وقوله واما توكيل يعنى واما موكل وهذا اوجه من توجيه ضامن لان الضمير لانه راجع الى الآمر فيستقيم ضامن لا توكيل كما لايخفى (قوله كفل بما ذاب له اوقضى له عليه او بما لزمه له) وما فى هذه الكلمات شرطية ولوكانت موصولة اوموصوفة يكون فيهما معنى الشرط و الشرط لابد من كونه مستقبلا على خطر الوجود فيكون مدخولها مستقبلا فى المعنى وان كان ماضيا لفظا فيكون كفيلا بالذى وجب عليه له او قضى له عليه اولزمه له بعد الكفالة وذا لم يوجد فيما نحن فيه

لكونه غائبا حتى لو اقر الكفيل بالدين عليه لم يلزمه ايضا لعدم اللزوم الوجوب او القضاء عليه باقراره لكونه اقرارا على الغير اما لو ادعى المدعى انى رفعت الغائب الى قاض كذا واقمت عليه بينة بكذا بعد الكفالة وقضى لى عليه واقام بينة على ذلك صحت الدعوى وقضى الكفيل بالمال سواء كانت الكفالة بامره او بغير امره ففيما بامره يكون القضاء عليهما وفى بغير امره على الكفيل فقط كما فى الفتح والحماية وبهذا يتضح الفرق بين هذه وبين المسئلة الآتية وقوله اوقضى له عطف على ذاب له ولم يعد قوله بما اشارة الى ان قوله عليه قيد لكلا الفعلين هذه الاشارة للخواص ونبه عليه فى شرحه اذ الطبايع مختلفة (قوله وهو لم يوجد لكونه غائبا) اقول سيجئ من المصنف فى كتاب القضاء ان فى نفوذ القضاء على الغائب عندنا روايتين فيكون المنع هنا على احدى الروايتين وتخصيصها بالذكر يكون ترجيحا على الاخرى وعليه كلام الامام ظهير الدين حيث قال فى نفاذ القضاء على الغائب روايتان ونحن نفتى بعدم النفاذ كيلا يتطرق الى ابطال مذهب اصحابنا انتهى ولكنه مخالف لما صرح المصنف فى باب خيار العيب بان نفاذه اظهر الروايتين عن اصحابنا وباقى التفصيل يجئ فى كتاب القضاء ان شاء الله تعالى (قوله برهن ان له على زيد الغائب كذا وهذا كفيله الخ) ومن هذا القبيل ما فى الفصول العمادية ومنية المفتى انه اذا ادعى على رجل انه كفل عن فلان بما يذوب له عليه فاقر المدعى عليه الكفالة وانكر الحق فاقام المدعى بينة ان ماذاب له على فلان كذا فانه يقضى بها فى حق الكفيل والغائب جميعا حتى لو حضر الغائب لايلتفت الى انكاره انتهى فان سوق الدعوى على ان كفالته بعد الوجوب على الاصيل لان المتبادر من قوله انه ذاب له على فلان كذا انه وجب عليه قبل الكفالة فكفل به غايته الوجوب المطلق فامكن اثباته فظهر ان هذه المسئلة لم ترد على المسئلة السابقة وان ظن البعض بالورود كما لايخفى (قوله وفى الكفالة بالامر الخ) مأخذ هذا الشرح بعبارته التبيين وهذا القول فى عبارة المصنف لكشف قوله فاذا قضى الى قوله مقضيا عليه وتمه لهذا الكشف وليتنى خلاف زفر عليه فان عنده لايرجع على ما فصل فيه (قوله دعوى ملكيته) اى لايجوز دعواه بان هذا المبيع ملكه اوملك موكله كما فى البرجندى (قوله ككتب شهادته فى صك الخ) اشار به الى انه لو كتب شهادته فى صك كتب فيه اقرار المتعاقدين لايكون تسليما وكذا لو كتب شهد فلان بالبيع والشراء اوجرى البيع بمشهدى لم يكن تسليما الحاصل لم يوجد التسليم مالم يكتب فى الصك باع ملكه اوما يدل على صحة البيع لان البيع كما يقع من المالك يقع من غيره كما فى العمادية فظهر ان قوله لايكتب شهادته مع قوله ككتب شهادته على اقرار العاقدين تصريح بما علم ضمنا وايضا ان سكوته زمانا لايمنع الدعوى بالاولى كما لايخفى (قوله ثم ادعى حقا لنفسه الخ) وفى التبيين وغيره ادعى على رجل مالا وهو مؤجل فى الواقع ان اعترف به مؤجلا لايصدق وان انكر خاف الكذب واليمين فالحيلة فيه ان يقول هذا الذى تدعيه حال اومؤجل فان قال مؤجل فلا دعوى عليه فى الحال وان قال حال فينكر فيصدق يعنى مع اليمين وفى العيون من عليه دين مؤجل اذا حلف ماله اليوم قبلى شئ ارجو ان لايكون به بأس لو لم يقصد به اتواء حقه (قوله اذا استحق المبيع الخ) ومن الاستحقاق بالمبطل دعوى النسب ودعوى المرأة الحرمة الغليظة ودعوى الوقف او المسجد فى الارض المشتراة كما فى الاسترو شنية يعنى اذا ادعى بايع عبد نسبه وثبت وقد كفل بثمنه كفيل تبطل الكفالة وكذا كفل ببدل الخلع فاثبتت المرأة حرمة غليظة قبله اوكفل بثمن ارض اودار شراها فثبت

وقفيتها اوكونها مسجدا بطلت الكفالة (قوله لان البيع لاينتقض الخ) هذا جواب ظاهر الرواية كما فى الهداية وهو الصحيح كما فى الحماية (قوله وصار الاصل الخ) وقد سبق بعض تحقيق هذا الاصل فى صدر بحث الكفالة بالمال تذكر ﴿فصل﴾ لما ذكر فى هذا الفصل كفالة اثنين نزل هذا مما قبله منزلة المركب من المفرد ذكره عقيبه (قوله لهما دين على آخر الخ) لاحاجة لايراد هذه المسئلة هنا لان مسئلة قوله والشريك اذا بيع عبد صفقة بغينها على ماسبق تحقيقه ولذلك لم تذكر فى سائر المتون وقوله فلو قضى اى احد الشريكين الكفيل بحكم الضمان اى الكفالة وقوله كما مر يعنى فى حكم البيع الفاسد اذ لم يسبق فى الكفالات الفاسدة التصريح بالاسترداد وان سبق عدم اللزوم كما لايخفى (قوله وعليهما دين لاخر) اطلق الدين فشمل ثمن متاع اوقرض وقوله عن الآخر هذا الآخر غير الآخر الاول اذ المراد به احد المديونين وبالاول الداين والنكرة اذا عيدت معرفة يكون عين الاولى غالبى غايته كلى الا ان عدم الاطراد فى بعض المحال لعارض لايقدح صرح به فى محله وقوله لعدم المانع وهو كون قسمة الدين قبل القبض لوانصرف ما اداه الى نصيبه وقيد بكفالة كل منهما اذ لو كفل احدهما عن الآخر وذا لم يكفل فادى الكفيل عن صاحبه وعينه يصح كما فى المحيط مفصلا ولا يراد بهذه المسئلة على مسئلة المتن ساقط لانها خارجة عنها بمفهوم التقييد ولم يقيد فى رجوعه بالزيادة بكون الكفالة بالامر للعلم به مما سبق واشار بقيد الحصر الى انه لايرجع على شريكه بالنصف وان عينه عنه كما فى المقدسى والحماية (قوله والثانى مطالبة فقط) ولو فرض الثانى دينا ومطالبة على قول من يجعل الدين على الكفيل مع المطالبة يكون المؤدى عن الاول ايضا لان دينا بطريق الاصالة اقوى من دين بطريق الكفالة كما فى الفتح (قوله ولانه لو وقع الخ) عطف على قوله اذلا معارضة مأخذ هذا الشرح التبيين وعبارته هكذا ولكن عبارة الهداية ولانه لو وقع فى النصف عن صاحبه فيرجع فلصاحبه الخ ظاهره ان قوله فيرجع سقط فيهما عن قلم الناسخ ولعلهما اراد به الاختصار لظهور المراد والمؤدى الاول اسم مفعول والثانى اسم فاعل (قوله اذ الكل كفالة) تعليل للتساوى مقابل قوله اذ لامعارضة فى المسألة السابقة وقوله لان ماعليهما الخ تعليل لقوله رجع بنصفه على شريكه ولم يذكر تعليل رجوعه بالكل على الاصيل وهو قولنا لانه قد كفل عنه بامره جميع المال ولاتعليل رجوعهما عليه وهو قولنا لانهما اديادينه عنه احدهما بنفسه والآخر نيابة وقوله لما ذكر وهو قوله لان الدين ينقسم الخ (قوله وان ابرأ الطالب الخ) عطف على مسئلة كفلا بشئ الخ مرتبط بها لابقوله اذا كفل كل بالنصف ومابعده والقرينة على ذلك قوله اخذ الاخر بكله ومن بيان المتون ان يحتاج كثيرا فى تخريج مسائلها الى التأنى والتدبر ومثل هذا الاجمال والاختصار لايعد خللا فى التحرير تدرب كما لايخفى (قوله افترق المتفاوضان) قيد به لان شريك العنان لايؤاخذ عن دين شريكه لعدم الكفالة فى شركة العنان واراد بكل الدين مالزمه بما تصح فيه الشركة كالشراء ونحوه لا مالزمه بسبب الجناية والنكاح ونحوهما فان الآخر لا يكون كفيلا عنه فى ذلك على ماسيجئ تفصيله (قوله وكفل كل) قيد به لانه لو كاتبهما معا ولم يزد على ذلك فعلى كل حصته يعتق بادائها ولو زاد على انهما ان ادعيا عتقا وان عجزا ردا الى الرق ولم يذكر كفالة فلا يعتق كل منهما ايضا مالم يحصل الالف كله للمولى لشرطه ذلك فى العقد خلافا لزفر كما فى التبيين (قوله فصار كما اذا تعاقبت كتابتهما) اراد به كون كتابتهما بعقدين وانما عبر عنهما يقعان به

غالبا وقوله فانه باطل يعني اذا وقعت كتابتهما بعبدين فكل من كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة باطل رأسا يعني قياسا واستحسانا هذا هو المراد من كونه مقيسا عليه في البطلان لانه يقتضي القوة في وجه التشبيه فظهر ان كلام المصنف ليس بقاصر كما ظن (قوله وقد امكن ههنا بان يجعل) اعترض عليه بان الاصل في الانسان براءة الذمة فيعارض تصحيح هذا التصرف سيما ذمة المكاتب فانها بريئة عن التبرعات والكفالة منها فاللايق ان لا يصح عقد الكفالة ويعتق كل باداء حصته اقول كتابتهما بعقد واحد بالف وكفالة كل عن صاحبه اقتضى ان كلا منهما اصيل في الكل وكفيل في الكل لئلا يلزم تفريق الصفقة على المولى فتصير كفالة كل بما عليه اصلية وكفالة المكاتب بما عليه اصلية جائزة ولذلك لم تظهر الكفالة الا في حق صاحبه لانها ضرورية فيتقدر بقدرها فظهر ان مطالبة المولى كلا منهما بالكل كانت اصالة وان دعوى اصالة براءة الذمة ودعوى ضعف ذمته ساقط كما لا يخفى (قوله لاستوائهما) اى في الاصالة والكفالة كما في حواشي ارشد الدين على الهداية وقوله ولو رجع بالكل اولم يرجع بشيء اكتفى في الهداية والكافي بالترديد الاول بناء على ان نفي المساواة باحدهما يقتضي نفيها بالآخر من غير فرق والمصنف صرح بهما استيضاحا واقتفى فيه اثر صاحبي العناية والبناية (قوله وانما جعل) اى كل المال وضمير كان راجع الى الجعل وضمير موضعها عائد الى الضرورة المنفهمة من قوله ضروريا وضمير عنه عائد الى تصحيح الضمان وقوله فاعتبر اى كل المال وقوله فلهذا اى فلهذا الاعتبار ينصف ولم يقل بعد هذا القول فاذا توزع سقط حصة المعتق كما قال به الزيلعي لانه صرح بسقوط هذا النصف اولا فذكره هنا ثانيا يكون تكرارا ومن هذا لم يذكره صاحب فتح القدير والعناية وتبعهما المقدسي (قوله اى لا يرجع عليه) المستكن عائد الى الآخر والبارز الى المعتق (قوله لا مال يجب على عبد) حتى يعتق مبتدأ خبره قوله حال على من الخ قيد المال بقوله لا يجب الخ لانه لو وجب قبل العتق بان استهلك المعاين يرجع اليه الكفيل قبله اذا ادى ولكن اختلف في ان المعتبر امر السيد او العبد بالكفالة واختار الكمال المحقق الاول لان الرجوع في الحقيقة على السيد وتبعه المقدسي وصاحب البحر اقول ينبغي ان يعتبر امر كل منهما لما في النهاية انه اذا كان له كسب يوفى ذلك من كسبه والا يباع رقبته الا اذا قضاه المولى (قوله ادعى على عبده مالا) هذه المسئلة تكرار لما تقدم من ان كفالة النفس تبطل بموتها وفي هذه لا فرق بين الحر والعبد وانما ذكرها هنا ليبتني عليها مسئلة دعوى الرقبة ويتبين الفرق بينهما (قوله فبرهن انه لمدعيه) قيد به لانه لو ثبت باقرار ذي اليد او بنكوله انه للمدعي لم يلزم الكفيل شيء الا اذا صدقه كما في الفوائد والتبيين والظهيرية وقد سبق بعض تحقيق تذكر (قوله لان احدهما لا يستحق على الآخر دينا) الا ان يكون العبد مديونا فحينئذ يثبت له الدين على السيد كما في الفتح (قوله وجوب مطالبته) الضمير المجرور عائد الى المولى فالوجوب حينئذ في محزة وانما خص الوجوب بالايفاء من سائر امواله لان ذلك محل التردد اما وجوب مطالبته بما في يده ورقبته ليس بمحل التردد ولا يتوقف على الكفالة بل يكفي فيه كونه مأذونا ولو رجع الى الطالب كان الوجوب بمعنى الثبوت ولهذا المعنى على الوجه الاولى كما لا يخفى (قوله تعلقه برقبته) لان امر السيد له بالكفالة فك حجره عنه فيصح حتى يباع رقبته في دين الكفالة اذا كفل لغير السيد باذنه كما في الفتح

﴿ كتاب الحوالة ﴾

المناسبة بينها وبين الكفالة ظاهرة لما سبق من احد يهما تنقلب اخرى ولان كلا منهما التزام على المطلوب

ومن هذا جاز استعارة احديهما للاخرى وانما اخرت عن الكفالة لانها كالمركب مع المفرد
اذهونقل الدين والمطالبة معا بخلاف الكفالة (قوله لغة اسم بمعنى الاحالة) كما في عامة الشروح
وذكر في العناية ان الحوالة قد يكون ابتداؤها من المحيل وقد يكون من المحال عليه والاول
احالة وهي فعل اختياري لايتصور بدون الارادة والرضاء وهو وجه رواية القدوري والثاني
احتيال يتم بدون ارادة المحيل بارادة المحال عليه ورضائه وهو وجه رواية الزيادات فكلام
المصنف يشعر انه اختار رواية القدوري كما قيل مع ان صاحب الهداية اختار رواية الزيادات
على ماصرح به في المنبع اقول يمكن ان يقال ان الاحالة هي الغالب ولذلك اكتفى بها اولان
الاحتيال مندرج فيها لما اتفق اهل اللغة على ان الحوالة بمعنى النقل والزوال ولذلك صرح
في المصباح المنير انها لايستعمل لازما ومتعديا فتعبر تارة بالاحالة واخرى بالانقلاب ولم يتعرض
المصنف لكونها لازما لان المنقلب هو الدين وانقلابه ليس باختياره ولابطبعه بل يتوقف
على فعل الآخر فيكون الانقلاب بمعنى الافعال اوالتفعيل وفي الاحتيال معنى الانقلاب
فيكون بمعنى الاحالة بالآخرة فظهر ان الاحتيال يرجع الى الاحالة ولذلك لم يتعرض له
كما لايخفى (قوله والدين وصف شرعي اما العين فحسي) فلاينتقل بالنقل الشرعي حتى لوقال الرجل
الف مرة نقلت هذا الكتاب من موضع الى موضع آخر لايتحقق النقل مالم ينقله حسا (قوله
والداين محتال ومحال له) هكذا في بعض النسخ وفي بعض آخر محتال ومحتال له ومحال له فعلى اية
نسخة يكون الالفاظ اربعة في الحقيقة وهي المحتال والمحتال له والمحال له والمحال وان كانت لفظين
على ظاهر الاولى وثلثة على ظاهر الثانية واتيان المصنف صلة له بناء على وقوعها في عبارات
الفقهاء وان لم يحتج اليها اذ اصل محتال محتول بكسر الواو واصل محتال عليه محتول بفتحها
والفرق بينهما بعدم الصلة في الاول وبصلة عليه في الثاني (قوله يعني يطلق ايضا) اي كما
يطلق على الداين الفاظ اربعة يطلق على من يقبلها هذان اللفظان وقد يطلق عليه
لفظ الحويل ايضا كما وقع في تلخيص الجامع الكبير (قوله وشرط رضاء الكل) اشار به الى
ان واحدا منهم لوكان مكرها في عقد الحوالة لم تصح الا في رواية الزيادات لانه لم يشترط
في هذه الرواية شئ في المديون مماشرط في المحتال والمحتال عليه وانت خبير بان لزوم رضاء الكل
هو رواية القدوري والاستثناء بناء على رواية الزيادات وهذا تسوية من المصنف بينهما
وقد عرفت ان هذه الرواية قد اختار صاحب الهداية وفي كلتا الروايتين رضاء المحتال عليه
شرط ولم يلزم منه حضوره كما لم يلزم حضور المحيل ولو على رواية القدوري وعليه كلام البدايع
والمنبع فظهر ان الرضاء والحضور شرط للثاني فقط والرضاء فقط شرط في الثالث والحضور
ليس بشرط فيه وفي الاول وان نظام كلام المصنف مستقيم ليس فيه خلل كما لايخفى (قوله لان
المحال عليه لايرجع الى المحيل) هذا اذا لم يكن له دين عليه اما اذا كان فلا رجوع للمحال عليه لانه
قضى دينه بغير امره كما في السراج وتفقه الكمال المحقق وان الحوالة بغير اذن المحيل ليست حوالة
من كل وجه بل حكمها شطر حكم الحوالة وهو اللزوم على المتحمل دون الشطر الآخر وهو انتقال
الدين عن المديون اقول يظهر منه ان المحتال ان يطالب الدين من المديون كما لايخفى (قوله فبان
يقول رجل وهو المحتال عليه) اطلقه فشمل كونه مأمورا وفضوليا وقوله فاحتل بها علي اي اجعلني
محتالا عليه وقوله حتى لايكون الخ ابتدائية وضميره راجع الى الداين اي ليس له ان يرجع بالالف الى
المديون لان تمام الحوالة يقتضي براءة المديون عن الدين وانت خبير بان هذا مخالف لتفقه المحقق

والظاهر نقله المصنف الا انه يمكن التوفيق بينهما بان حمل ماقاله المحقق على عدم سماع الداين هذ العقد وماذكرهنا على سماعه ورضائه تدبر (قوله برئ المحيل وبرأ الكفيل) لان براءة الاصيل يقتضي براءته كما في المحيط هنا ولماسبق اطلقه فشمل مالوقبض المحال الدين من المحال عليه اولا فلايتوقف على القبض الا في مسئلتين في تلخيص الجامع الكبير اولهما وان كان دينه جيادا الخ والتفصيل في تنوير ابي العصمة الغجدواني وذكر في التلخيص ايضا ان المحيل او كفيلا وحال الغريم بالحوالة المطلقة يبرأ الكفيل والاصيل معا ولوخصها ببراءة نفسه برئ الكفيل وحده (قوله بموت المحتال عليه مفلسا) وشرط في موته مفلسا ان لايكون له كفيل بذلك كما لم يكن له مال حتى لوكان له كفيل بامره او بغير امره يطالب الدين من الكفيل ولايعود الى ذمة المحيل كما في الكافي هذا اذا تصادقا على موته مفلسا اما اذا اختلفا فيه فالقول للمحتال مع اليمين على العلم لانه متمسك بالاصل وهو العسرة كما في البرازية والنهاية وفي شرح الناصح القول للمحيل مع اليمين لانكاره عود الدين اقول الفضل للمتقدم لان المحيل مدع في وجود التركة اوفي اخذ المحتال فعليه البينة وكونه كالمودع في رد الوديعة ضعيف كما لايخفى وفي الخلاصة اومات ولم يترك شيئا وقد اعطى كفيلا بالمال ثم ابرأ الطالب الكفيل منه له ان يرجع على صاحب الاصل (قوله ولابينة عليها) اطلقه فشمل انه لابينة للمحتال ولا للمحيل كما في فتح القدير يريد ان اقامة برهان من احدهما يكفي (قوله تصح بالدراهم المودعة) شروع لبيان اقسام الحوالة مع احكامها واقسامها ثلثة لانها اما مقيدة بعين امانة او بعين مضمونة او بدين خاص وقوله لانه اقدر لانه يؤدى من عين حق المحيل فلاصعوبة عليه فكان اقدر اولان الوديعة عين حاصلة لايحتاج الى كسب بخلاف الدين فانه قديحتاج اليه فيكون اقدر وقيد الدراهم وقع اتفاقا بناء على ان الحوالة اكثر مايكون في الدين والدراهم بالدين اشبه من غيرها كما في البرجندي وعليه كلام المنبع حيث عبره بالعين في الوديعة والمغصوبة اقول هذا ظاهر في المثلي غير الدراهم فان المحتال عليه يسلم المحتال قدر ماعينه المحيل منه كله او بعضه اما في القيمي فانه يحتاج ان يعين ذاته او ان يوكله في البيع والاداء من ثمنه كما لايخفى (قوله بهلاك الاولى) ولو بقول المودع قال في الخلاصة لوقال المودع ضاعت بطلت الحوالة انتهى (قوله لتقيد الكفالة بها) هكذا في عامة النسخ لكن الصواب الحوالة بدل الكفالة وهكذا الحال فيما سيجيء من قوله سواء كانت الكفالة مطلقة (قوله لم يصر مملوكا للمحال) خبر ان اى لم يصر كل من العين والدين ولم يقل لم يصرا مملوكين لان الواو في والدين للتنويع اذ المحال به اما عين او دين ولااشتباه في ذلك وقوله للمحتال هو الموافق لماذكره في صدر الكتاب من ان الداين يطلق عليه اربعة الفاظ فالتخطئة فيه بان الصواب ان يأتي بالفاء خطاء كما لايخفى (قوله اويرسلها) اى لم يضفها الى دين له على المحال عليه اوالى عين له في يده وقوله او يحيله عطف على يرسله والفرق بينهما واضح (قوله فلا بين حكم المقيدة) ومن احكامها ان المحتال او ابرأ المحتال عليه صح الابراء ولكن للمحيل ان يرجع على المحتال عليه بدينه ولو وهب المحتال دينه من المحتال عليه اومات وورثه المحتال عليه لم يكن للمحيل ان يرجع على المحتال عليه والفرق مذكور في الفتح وفي الكافي تفصيل آخر اقول ظاهر صحة الابراء على ان المحتال كما لم يأخذ دينه من المحتال عليه لم يرجع به على المحيل كما في البزازية اذ لم يبق في ذمته دين له وهذا لايخالف لما سبق في الخلاصة لان بين الكفيل والمحتال عليه فرقا كما لايخفى (قوله ولاتبطل باخذ ماعنده الخ)

مسئلة متفرعة على ما قبلها مطلقا و عليه شرح المصنف و عبارة صدر الشريعة لا متفرعة على المطلقة كما ظن به البعض حيث قال هـذا الاطلاق مخالف لما فى الهداية فان عبارته صريحة فى انه اذا اخذ المحيل دينه اوعينه بعد حوالة المحتال بذلك تبطل الحوالة اقول عبارته هكذا وهذا لانه لو بقيت مطالبة به فيأخذه منه لبطلت الحوالة وهى حق المحتال انتهى قال فى النهاية و هو حق استيفاء الدين منها و اخذ المحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يتمكن من اخذها ثم لودفعها المودع الى المحيل صار ضامنا لها لانه استهلك محلا تعلق به حق المحتال له وقال الكمال المحقق والواقع انها حق المحتال فليس له ان يبطل حقه فظهر ان عبارة الهداية لم يكن مخالفة لما ذكر من الاطلاق بل مآلها انه لوجاز اخذ لبطلت ولكن لم يجز لا اخذه ولا دفع المودع والغاصب اليه فلم تبطل بقى انه لواخذ الدين اوالعين كرها اومستقلا من غير صنع المديون او المودع او الغاصب ينبغى ان لا يضمن المحتال عليه كما هو الاظهر تدبر (قوله اذا طلب مثل ما احال) لم يقل مثل ما دفعه لانه لودفع دنانير عن دراهم صرفا رجع بالمحال به الا اذا صالحه عن جنس الدين باقل فانه يرجع بقدره كما فى البحر و المقدسى (قوله فالقول للمحيل) اى مع يمينه لان فى ذلك نوع مخالفة للظاهر كما فى العناية (قوله ولا يكون الاقرار من المحيل بالحوالة) الا ان يكون المحيل قال للمحتال عليه اضمن عنى هذا المال فان ذا لا يحتمل الوكالة بل يكون اقرارا بان للمحتال دين على المحيل كما فى المحيط (قوله لان لفظ الحوالة الخ) ولان ثبوت الدين على الانسان لا يمكن بمثل هذه الدلالة بل لابد من القطع بها من جهة اللفظ اودلالته مثل له على اوفى ذمتى لان فراغ الذمة ثابت بيقـين فلا يلزم الدين الا بمثل ذلك كما فى الفتح (قوله يجبر المحتال) اى على القبول بقرينة قوله فلم يقبل فلم يكن مستغنى عنه فى الكلام اطلق الجبر فشمل الجبر فى الحوالة المطلقة والمقيدة لان احتمال العود ثابت فيهما (قوله من ثمن داره) الدار قيد اتفاقى تمثيلى وكذا المنقول بعد كونه للمحتال عليه كما فى التلخيص (قوله من ثمن دار المحيل اوعبده) وان كانا وديعة عند المحتال عليه واشار بهذا الى انهما لوكانا لغير المحيل فعدم جواز الحوالة بالطريق الاولى وقوله الا اذا امره بالبيع وصح للمحيل نهى المحتال عليه عن البيع بعد الاذن و ايضا لا جبر له على البيع كما فى التلخيص و باقى التفصيل فى التنوير (قوله باع بشرط ان يحيل) مأخوذ من الكافى البايع هو المحيل و المشترى شرط ان يكون محتالا عليـه والثمن محالا به والغريم محتالا وقوله لانه اى كون المشترى محتالا عليه و قوله وفيه نفع للبايع و لعل النفع ان لا يحتاج البايع الى قبض الثمن واعطائه للغريم وقد يحتاج القبض الى التحصيل و بالحوالة يستغنى عن الكل وشرط مثل هذا النفع فى صلب عقد البيع يفسده كما لا يخفى (قوله ان يحتال) اى الغريم اصله يحتول بكسر الواو وقوله على الاملاء اى اغنى من المحيل واحسن منه قضاء (قوله كره السفتجة) كراهة السفتج لوكان مشروطـا فى القرض على ما صوره المصنف اما لو اقرضه بغير شرط ثم عين الدفع سواء كان التعيين من عند نفسه او من طلب المستقرض فلا كراهة ثم الكراهة تحريمية لما فى الصغرى و غيرها من التعبير بعنوان الحرام و ايراد هذه المسئلة فى هذا الباب لانها معاملة فى الديون كالكفالة و الحوالة ونقل عن الامام الكردرى انه قال ايرادها فى الحوالة لانه احال الخطر المتوقع على المستقرض فيكون فى معنى الحوالة كما فى غاية البيان (تتمة) لو باع القرض المقبوض من مقرضه صح و لو اشتراه منه لم يصح خـلافا لابى يوسف ولو شرى من المقرض كرا عليه بمائة صح ان سلمها او بدلهـا فى المجلس وان هلك

الداين دينا له من غيرمن عليه الدين صح اذا وكله بقبضه والافلا ابرأ الدين وهبته لمن عليه تم
بلا قبول ولكن لورده المديون يرتد ولورد وارثه لايرتد وصح استقراض مثلى كعددى متقارب
وكيلى ووزنى لاغيرمثلى كحيوان وثوب لان القرض اعارة شرع للانتفاع مطلقا فقام المثل فى
الذمة مقام العين كانه انتفع بالعين ورده وذالايتأتى الا فى المثلى ولا بأس بهدية من عليه
القرض والافضل ان تتورع وان علم انه لايعطيه لاجل القرض بل لقرابة اوصداقة بينهما
لايتورع وكذا لوكان المستقرض معروفا بالجود والسخاء جاز وماحكى عن ابى حنيفة انه لم يقعد
فى ظل جوار غريمه فلا اصل له لان ذلك لايكون انتفاعا بملكه و لم يكن مشروطا ولا متعارفا
كما فى البحر وشرح المقدسى اخذا من المضمرات

﴿كتاب المضاربة﴾

(قوله وجه المناسبة بين الكتابين ظاهر) هكذا فى بعض النسخ فحينئذ قوله وجود معنى نقل المال الخ
خبر مبتدأ محذوف ولم يوجد قوله ظاهر فى كثير من النسخ فحينئذ هو خبر لقوله وجه المناسبة
وقوله فى الجملة قيد لقوله والمضاربة فقط واقول لوقدم كتاب المزارعة واتى بعده بكتاب الشركة
وبعده بكتاب المضاربة لكان اوجه واحسن لما فى المزارعة من نقل مال فى الجملة ايضا وهو عند
كون الارض والبذر من طرف اوالبذر من طرف ثم لايخفى وجه المناسبة بين المزارعة والشركة
على احد واتيان المضاربة بعد الشركة لانها نوع من الشركة تدبر (قوله وشرعا عقد شركة)
قال فى النهاية ومن يحذ وحذوه انها دفع المال الى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما
على ماشرطا ورجح البرجندى هذا التعريف وضعفه صاحب التكملة بان المضاربة ليست
الدفع المذكور بل هى عقد يحصل قبل ذلك اومعه ثم عقد الشركة فى الربح لايستلزم وجود
الربح فلايرد عليه انه قد لايوجد الربح اصلا وخروج الفاسدة عن التعريف لايقدح فيه
لانها تنقلب حينئذ الى الاجارة (قوله وحكمها انواع الاول) اقول اللايق ان يدرج فى غيره ايضا
قولنا الثانى والثالث وغيرهما كما ادرج فى قوله وشرطها وعد الانواع المذكورة احكامها بناء على
ان حكم الشئ مايثبت به ويبتنى عليه ولاخفاء فى انه يراعى ذلك فى كل حكم منها فى وقته فلايرد
عليه ان معنى الاجارة والغصب ناقض لعقد المضاربة مناف لصحتها فكيف يجعل حكما من
احكامها ومن هذا يظهر حسن سبك المصنف فى تحرير المتن حيث قال واما دفع المال الخ
لان الابضاع والاقراض لم يبتنيا على هذا العقد بل يفترقان عنه اول الامر كما لايخفى (قوله
وتوكيل عند عمله)اقول هذه الوكالة ضمنية كما فى وكالة فى الشركة فشملت وكالة بمجهول الجنس
وجازت بخلاف الوكالة القصدية فانها لم تجز لووكالة بمجهول الجنس نحو التوكيل بشراء ثوب
ونحوه على مامر (قوله ايداع اولا) وحيلة كونه مضمونا ان تقرضه المال ويسلمه ثم يأخذه مضاربة
ثم يدفعه له يستعين به فى العمل فالربح بينهما ويأخذ رأس المال على انه بدل القرض وان
لم يربح اخذه بدل القرض ويهلك على المستقرض وحيلة اخرى ان يقرضه الا درهما ويسلمه
ويعقدا شركة عنان ثم يدفع اليه الدرهم ويعمل كذلك كما فى الشروح (قوله حتى يرجع بما لحقه
من العهدة على رب المال) كما لورد على المضارب بالعيب ولم يوجد مايؤدى ثمنه من مال المضاربة
اواستحق فى يد المشترى ورجع على المضارب بثمنه ولم يوجد مايؤديه فادى من مال نفسه يرجع
الى رب المال هذا مافهمه الفقير وكما سيجئ من قوله شرى عبدا بالفها وهلك الالف قبل
نقده دفع المالك ثمنه ثم وثم يعنى يرجع المضارب بالثمن على المالك (قوله وكذا المستبضع) يعنى
ان البضاعة وديعة فى يده واذا خالف ينقلب الى الغصب ولواجاز بعده (قوله ولم يرض بالعمل

مجانا الا لمانع) كوصي اخذ مال الصغير وشرط لنفسه حصة من الربح فالمضاربة فاسدة ولا اجر له كما في احكام الصغار (قوله مطلقا) اي سواء ربح اولا هذا هو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف اذا لم يربح لا يجب الاجر اعتبارا بالمضاربة الصحيحة كما في الهداية اتفق الشراح على صحة هذا التعليل لان الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه ابدا كما في البيع الفاسد ولكن تصدوا في الجواب عنه بانه نعم كذلك اذا كان انعقاد الفاسد كانعقاد الصحيح كما في المنبع وهنا ليس كذلك لان المضاربة الصحيحة تنعقد شركة والفاسدة تنعقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة عند ايفاء العمل ورده صاحب البيانية بان اعتبار فاسد المضاربة بصحيحها اولى من جعلها اجارة لانهما قد رضيا ان يكون للعامل جزء من الربح او حصل وبالحرمان ان لم يحصل ولم يرض رب المال ان يكون في ذمته شيء في مقابلة عمله فايجابه يكون ايجابا بغير دليل فهدم الاصل الضعيف اولى من الغاء التعليل الصحيح هذا (قوله بلا زيادة على المشروط) اي المسمى هذا قول ابي يوسف وعند محمد له اجره بالغا ما بلغ وقوله ولا ضمان فيها وعن محمد انه يضمن قال في الايضاح ما ذكر في الاصل مطلقا يحتمل ان يكون قول ابي حنيفة خاصة خلافا لهما كما في المنبع (قوله فبضاعة) الظاهر المناسب بقوله دفع المال ان يقال فابضاع وكذا قوله فقرض ان يقال فاقراض (قوله وشرطها خمسة) هكذا في كثير من النسخ وفي بعضها ستة وهو الصواب (قوله الاعيان تصح به الشركة) يريد به ان العروض لا يصلح ان يكون رأس المال عندنا خلافا لمالك وكذلك الكيلي اوالوزني خلافا لابن ابي ليلى كما في النهاية وذكر في تكملة الديري وما نقله البعض ان عند مالك تصح بالعروض لا يكاد يصح وانما المنقول عن ابن ابي ليلى انه يجوز بكل مال وعليه كلام الكاكي ويؤيده ما في جواهر المالكية انه لا يجوز بالنقرة اذا كان التعامل بالمسكوك ولا يجوز بالفلوس عند ابن القاسم واجازه اشهب ولا بالدراهم المغشوشة كما في البيانية (قوله لانها وكالة او وديعة او اجارة) يعني عقد المضاربة عقد وكالة من وجه من حيث ان المضارب يتصرف في مال المضاربة بامر المالك وعقد وديعة من حيث ان المال في يده وديعة وعقد اجارة من حيث ان المضارب اجير رب المال فكان رب المال استأجره بما عينه من الربح هذا ما استفاد الفقير من حواشي ارشد الدين على الهداية وعليه كلام صاحب المنبع فلا يرد ما يقال ان المضاربة ما لم تفسد لم تصر مضاربة والمدعى ههنا صحة عقد المضاربة بل الصحيحة تنافي الفاسدة قطعا فلا معنى لدرجها في تعليل صحة عقد المضاربة ثم ذكر صاحب العناية ان الاجارة يحتمل ان يكون بالمهملة و بالمعجمة وتبعه صاحب البيانية وصاحب العناية ولي وانت خبير بان ما بالمعجمة ليس له معنى زائد على التوكيل فيتعين ان يكون بالمهملة كما لا يخفى (قوله والثاني كونه عينا لا دينا) اطلقه فشمل ما كان امانة في يده من الدراهم ونحوها بان قال المودع او المبضع اعمل بما في يدك مضاربة بكذا جاز ذلك بلا خلاف ولو كان ما في يده دراهم مغصوبة او نحوها وقال المغصوب منه للغاصب اعمل بما في يدك مضاربة بكذا جاز ايضا خلافا لزفر لان ما في يده وان كان مضمونا الا انه اذا اخذ في العمل يصير امانة فيتحقق معنى المضاربة فيصح كما في البدائع والبزازية (قوله ولا يتصور كونه امينا) لان الدين مضمون على المديون (قوله لم يجز هذا بالاتفاق) واما شترى هذا المأمور وباع فربح فجميع ذلك له والدين في ذمته بحاله عند ابي حنيفة لفساد التوكيل الضمني بفساد المضاربة وعندهما يقع الاشتراء عن الآمر لصحة التوكيل فيصير المضاربة بعد ذلك بالعرض فلا يصح فيكون المشتري

والربح لرب الدين و يبرأ المديون من الدين كما في الشروح اقول لو وكل الداين المديون بشراء نوع له بما في ذمته وامر ببيعه وعمل مضاربة في ثمنه فقيل ينبغي ان يصح بالاتفاق كما لايخفى (قوله واعمل به مضاربة) وهكذا لوقال فاعمل بالفاء بخلاف مالوقال بثم حتى لوقبض بعضه فعمل به يجوز في صورة الواو والفاء ولم يجز في صورة ثم لانها للتعقيب مع التراخي فلا يكون مأذونا بالعمل الابعدقبض الكل كما في الشروح (قوله والثالث تسليمه الى المضارب) اطلق التسليم فشمل التسليم بعدالعقد اوقبله لماسبق من ان للمودع والمبضع ان يضارب بمن في يده الوديعة والبضاعة فهذا التعميم اقتضى جواز المضاربة بمافي الذمة الاانه يخصص بمقابلة الشرط الثاني فظهر ان هذاالشرط لم يستلزم الشرط الثاني كماظن تدبر (قوله فشرط العمل على رب المال) اطلقه فشمل مالوكان رب المال عاقدا اوغير عاقد كالصغير والمعتوه قيد بالشرط لان المضارب لواستعان برب المال على العمل من غير شرط اودفع اليه المال بضاعة جاز كما في غاية البيان وحكى القاضي الامام العامري عن محمدبن ابراهيم الضرير ان شرط عمل رب المال مع المضارب انما يكون مفسدا اذا شرط العمل جملة اما اذا شرط رب المال لنفسه ان يتصرف في المال بانفراده متى بدا له وان يتصرف المضارب في جميع المال بانفراده متى بدا له جازت المضاربة كما في الذخيرة وقيد برب المال لان العاقد لولم يكن رب المال فان كان اهلالان يكون مضاربا في ذلك المال كالاب والوصي يجوز شرط العمل عليه وان لم يكن اهلا كالمأذون لايجوز كما في الشروح (قوله كون نصيب المضارب من الربح معلوما) وهذه المعلومية يستلزم معلومية نصيب رب المال من الربح ولهذا اكتفى به مع ان ذلك شرط ايضا في صحة المضاربة (قوله شيوع الربح بينهما) فيه ايماء الى ان المشروط للمضارب انمايكون من الربح حتى لوشرط من رأس المال اومنه ومن الربح فسدت كما في الخزانة وعليه تعريف المضاربة وقوله فتفسد بشرط الخ تفريع على الشرط السادس والمراد بزيادة قدرمعين لاحدهما مثل ان يدرج في العقد كون مائة درهم مثلا لاحدهما والثاني للآخر والباقي بينهما انصافا اواثلاثا اونحو ذلك فانه يوجب عدم شيوع الربح وقوله كذا كل شرط الخ متفرع عليه ايضا وذا يمنع شيوع الربح لانه يوجب جهالته و يمكن ان يكون متفرعا على الخامس ولذلك اخره عنهما و يمكن ان يكون مستأنفا كليا لبيان الشرط المفسد وغير المفسد وذا هو الاظهر كما لايخفى (قوله كما لوقال لك نصف الربح اوثلثه اوربعه) ولم يعين واحدا من هذه الكسور والاعداد وفي بعض النسخ اوشرط ان يدفع المضارب داره الى رب المال ليسكنها اوارضه سنة ليزرعها وهوالموافق لمافي شروح الهداية (قوله وغيره) اي غيركل شرط يوجب جهالة الربح اوغيركل شرط يوجب قطع الشركة في الربح اوجهالته لايفسد ذلك الغير من الشروط الفاسدة عقد المضاربة بل يبطل الشرط ويبقى المضاربة صحيحة هذا هوالمعنى من سوق الكلام ومقتضى المقام ولكن اعترض عليه بان شرط العمل على رب المال شرط ليس بواحد منهما فلم يطرد هذا الضابط الكلي اقول دفعه على مانسقه المصنف ظاهر لانه ذكر هذا الشرط اولا واتى الضابط الكلي بعده فيحمل على غيرهذا الشرط بقرينة المقابلة واما على ماهوترتيب صاحب الهداية حيث اخر ذكر هذا الشرط عن ذلك فيكون مخصصا لعمومه بل يكون بمنزلة الاستثناء به عنه ونظائره اكثر من ان يحصى كما لايخفى على من تدرب هذا ولبعض الشراح هنا جواب عنه ولبعضهم اعتراض عليه ولذلك تركناه وماذكرناه اولى ومايقال في دفع الاعتراض من ان الشرط الذي يوجب جهالة

الربح ليس فساد المضاربة به لمقارنة شرط فاسد بل لانعدام صحتها وهو معلومية الربح وكذا فسادها بشرط العمل على رب المال ليس لكونه شرطا مفسدا بل لتضمنه انتفاء شرط صحة المضاربة وهو تسليم المال الى المضارب اقول كون كل من هذين الشرطين متفرعا على شرط من الشروط الستة لايمنع ورود ذلك الشرط على هذا الضابط الكلى لانه فى بيان الشرط المفسد وغير المفسد والفرق بينهما (قوله كاشتراط الخسران على المضارب) وكذا لواشترط على رب المال اوعليهما كما فى التحفة وقوله لانها اى الخسران وتأنيث الضمير بناء على ان العبارة بدل خسران الوضيعة كما فى الهداية والكافى ومن عادته المسامحة فى مثله (قوله اونوع من التجارة) اوشخص من المعاملين بعينه يظهر لزوم هذا القيد هنا من المقيدة الآتية كما لايخفى (قوله كعشرين سنة) و فى المقدسى كعشر سنين (قوله اى بنقد ونسيئة) حتى لوشرط عليه البيع بالنقد لايجوز له ان يبيع نسيئة وفى شرط النسيئة يجوز له ان يبيع بالنقد وايضا اراد بالاطلاق بيعه بثمن المثل او بمايتغابن فيه الناس عندهما واما عند ابى حنيفة يجوز باى ثمن كان هو الصحيح كما فى الخزانة وهكذا حال الشراء كما فى تكملة الديرى وذكر فى الخانية انه لواشترى شيئا بمالايتغابن الناس فيه يكون مخالفا سواء قال له رب المال اعمل برأيك اولم يقل وعليه كلام المصنف حيث لم يقيد الشراء بالمطلق (قوله والسفر الا ان ينهاه عنه نصا مطلقا على الاصح) كما فى الظهيرية وفى الخانية له ان يسافر برا و بحرا فى ظاهر الرواية فى قول ابى حنيفة ومحمد هو الصحيح وعن ابى حنيفة انه لايسافر وهو قول ابى يوسف كما فى المقدسى (قوله ولو لرب المال) اراد بالابضاع له استعانته فيكون ما اشتراه وماباعه على المضاربة لاماهو المتعارف من ان يكون المال للمبضع والعمل من الآخر كما فى البرجندى (قوله والاستيجار) اطلقه فشمل استيجار الاجير للحفظ واستيجار الدابة للحمل واستيجار المكان والسفينة كما فى الخانية والايجار كذلك وذا ساقط من قلم الناسخ (قوله والمضارب يعمل بطريق النيابة) لان فى المضاربة معنى الوديعة والوكالة فالوكيل لا يوكل غيره كذا المضارب وايضا معنى الامانة يقتضى عدم التناول فلا تتناول المضاربة بالشك كما فى الذخيرة وغيرها وقوله فلا بد من التصريح به اى بالاذن والضمير فى قوله اليه عائد الى المضارب (قوله ولايفيد ان فى الاقراض والاستدانة) اشار به الى انهما لايفيد ان الهبة والتصدق من غير تصريح بهما بالطريق الاولى ولهذا لم يذكرهما واذا لم يصح الاستدانة لزمه الدين خاصة واذا استدان باذنه يكون المشترى بينهما شركة وجوه كما فى الكافى واطلق الاستدانة فشمل الاستدانة على مال المضاربة والاستدانة على اصلاح مال المضاربة كاستيجار على حمله اوعلى قصارته وهو متطوع فى ذلك ولذلك فرع هذه الاستدانة المسائل الآتية بيان لحكمها ونوعيها ولم يجز للمضارب اخذ سفتجة على المضاربة لان ذلك استدانة ولا اعطاؤها لان ذلك اقراض كما فى الديرية (قوله تحت هذا القول) وهو اعمل برأيك وكذا المراد بذلك القول (قوله ولاتجاوز) عطف على قوله لاالمضاربة و بواسطته عطف على البيع وصحة هذا العطف مبنى على مقدمة وهى ان المعطوف عليه اذا كان مقيدا بقيد متقدم عليه كان الظاهر المتبادر فى الخطابيات من العطف هو اشتراكهما فى القيد واذا وجد دليل يقتضى ان لا يقيد المعطوف بذلك القيد يعطف على المقيد مع قيده فلايشترك المعطوف فى ذلك صرح به الشريف الجرجانى فى حاشيته على المطول فى بحث الوصل والفصل اذا عرفت هذا فالمعطوف الاول من قبيل الاول والثانى من قبيل الثانى لان اضافة تجاوز

الى بلد وفيما بعده دليل يقتضى ان لايفيد هذا المعطوف بقوله فى مطلقها ولله در المصنف فى تنقيح عبارات المتن فظهران قوله فى مطلقها هنا فى الشرح مستدرك ومن عادته المسامحة فى الشرح كثيرا كما لايخفى على من تدرب (قوله بلد) اشار به الى انه لو عين سوقا من بلد لم يصح التعيين لان البلد مع تباين اطرافه كبقعة واحدة الا اذا صرح بنهى سوق منه او قال لا تعمل فى غير هذا السوق منه فحينئذ يصح كما فى الهداية وغيره ثم مجموع صور قيدت المضاربة فيها بالمكان ثمانية ستة منها يفيد التقييد فيها واثنتان لا وهى دفعت اليك المال مضاربة بكذا فى الكوفة اوعلى ان تعمل به فيها اولتعمل به فيها اوتعمل به رفعا اوخذه تعمل به فيها جزما اوفاعمل به فيها وهما دفعت اليك مضاربة اعمل به فيها او واعمل به والاصل انه متى عقب بما لايبتدأ به ويمكن بناؤه على ماقبله يجعل مبنيا عليه وان صح الابتداء به جعل مبتدأ ومستقلا واعترض عليه ان صورة تعمل به بالرفع ينبغى ان يكون مما لايفيد التخصيص لان تعمل كما يحتمل ان يكون حالا يحتمل ان يكون استينافا واجيب عنه فى الشروح باجوبة احسنها ان قوله اعمل بدون الواو استيناف قطعا وبالواو استيناف اوعطف ولا يحتمل الحال لان الانشاء لايقع حالا صرح به فى محله والسوق يقتضى كون تعمل به حالا وهو المتبادر فيحمل عليه (قوله فان تجاوز ضمن) اطلقه فشمل انه يضمن بنفس الاخراج فان وجوب الضمان به وهو الصحيح لكن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى البلد الذى عينه كما فى الهداية وغيره فظهران القيد بالشراء ليس لتقييد اطلاق المتن بل لاظهار تقرر الضمان كما لا يخفى (قوله اواشترى سلعة غيرما عينه الخ) اشار به الى ان قوله عينه فيما قبل قيد لما قبله من بلد الى شخص (قوله ولا تزويج قن) اى عبد وامة وقوله انه ليس من التجارة والمضاربة عقد على تحصيل المال بطريق التجارة لاباى طريق كان وقوله كالكتابة والاعتاق يعنى كل منهما لايجوز للمضارب وان اشتمل على الكسب لانه ليس بطريق التجارة على ان فى تزويج الامة خطرا وهو الحمل وعدم الخلاص منه كما فى المنح (قوله ضار لنفسه) وضمن مال المضاربة لو نقد منه قال فى المبسوط ان رب المال يتخير بين ان يسترد المقبوض من البايع وهو يرجع على المضارب وبين ان يضمن المضارب اقول فى هذا التخيير نفع لرب المال لان بعض الناس حسن الاداء على انه لو وجد مفلسا يتعين الاسترداد من البايع (قوله صح) اى صار شراؤه على المضاربة هذا هو المراد (قوله وينبغى فى قيمة نصيب المالك) وهو رأس المال وحصة رب المال من الربح (قوله فادعاه موسرا) قيد به لا للاحتراز بل لدفع شبهة ان ضمان الاعتاق لما اختلف باليسار والعسار كان موهما ان يضمنه المضارب اوموسرا ومع ذلك لم يضمن فدفعه به ويكون مفيدا ان عدم ضمانه فى حالة اعساره بالطريق الاولى كما فى شروح الهداية (قوله فبلغت الفاقيمته وخمسمائة) قيد به لانه لوزادت قيمة الام لا الولد فصارت الفا وخمسمائة صارت ام ولده وتضمن الفا وربعها لظهور الربح فاذا قبض الفا استوفى رأس المال وصار الولد ربحا فللمضارب نصفه يعتق عليه ولو زادت قيمتها عتق الولد وصارت ام ولده لظهور الربح فيهما ويؤخذ رأس المال من المضارب ويأخذ ايضا مابقى من حظه من قيمتها ويأخذ نصف عقرها ولاسعاية لها ويسعى الولد فى نصيب المالك وباقى التفصيل فى البدايع وقيد بوطئ المضارب ودعوته لانه لو وطئ رب المال وادعى انه ابنه لا المضارب فهو ابنه وهى ام ولده ولايضمن للمضارب شيئا من عقر وقيمة كما فى البحر (قوله ضمن المدعى) اى المضارب نصف قيمتها ونصف عقرها لانه لزمه

عقرها الاقراره بوطئها او يكون ذلك العقر فى مال المضاربة كما فى المحيط (قوله اذ اصارت اجناسا) اشار به الى ان ما فى عبارة الهداية من الاعيان بمعنى الاجناس الحنطة جنس ولو كثرت والشعير جنس كذلك والشاة جنس ولو كثرت والابل كذلك بخلاف العبدين فانهما فى الحكم كالجنسين المختلفين والتفصيل بما لامزيد عليه فى تنوير التلخيص وعليه كلام المص حيث عد الامة جنسا وولدها جنسا ولو مؤنثا (قوله فنفذت دعوته) لوجود شرطها فعتق حصته من الولد فيتخير رب المال بين اعتاقه واستسعائه فى الالف ومأتين وخمسين الالف رأس ماله ومائتان وخمسون حصته من الربح فاذا اعتقه او وصل اليه الالف بالسعاية ظهر ان الام كلها ربح فتصير بينهما فتكون ام ولد المضارب فيضمن نصف قيمتها ونصف عقرها على مابيناه هذا ولم يذكر المصنف هذا التفصيل اعتمادا على ماذكر فى المتن فليتأمل ﴿ باب ﴾ (اى باب المضارب يضارب) كما فى الهداية يعنى هذا باب بيان احكام المضارب الذى يدفع من مال المضاربة الى آخر مضاربة او حال كونه يضارب مع آخر فقوله يضارب مضارع مثبت حال بالضمير فقط كما هو حاله او صفة لان اللام للجنس كما فى قوله تعالى كمثل الحمار يحمل اسفارا ولما كانت هذه المضاربة مضاربة ثانية اخر بيان حكمها من بيان حكم المضاربة الاولى ويقال هذه المضاربة مركبة والمركب يتلو المفرد ابدا وقد يختلف بيان حكم الاولى وبالمقارنة الى الثانية وما فى الباب بيان حكمهما مقترنتين فيتأخر ضرورة وهذا الوجه اظهر كما لايخفى (قوله ضمن الدافع ولم يتعرض لضمان الثانى) كما فى القدورى بناء على انه ينبغى ان لايضمن الثانى عند ابى حنيفة ويضمن عندهما وهذا مبنى على اختلافهم فى مودع المودع والمشهور ان المالك مخير فى تضمين ايهما شاء منهما بالاجماع كما فى الهداية فاذا اختار الاول صحت المضاربة بينه وبين الثانى ولو اختار الثانى رجع على الاول والمضاربة صحيحة ايضا والربح بينهما على ماشرطا وهو يطيب للثانى لاستحقاقه بعمله ولاخبث فيه ولايطيب للاول لانه يستحقه بملكه المستند باداء الضمان فلا يعرى عن نوع خبث فسبيله التصدق كما فى الشروح واشار بالضمان الى انه ليس للمالك ان يجيز تصرفهما واخذه من الربح ماشرطه فى المضاربة الاولى كما فى الذخيرة والى ان الثانى لواستهلك المال قبل العمل فالضمان عليه خاصة ولوغصبه منه غاصب قبله فلاضمان على كل منهما بل الضمان على الغاصب كما فى الذخيرة (قوله وهو قولهما وظاهر الرواية) عنه والفتوى على ذلك كما فى المنصورية معزيا الى الامام قاضيخان (قوله وفى رواية الخ) وفى رواية عن ابى يوسف انه يضمن بمجرد الدفع على وجه المضاربة عمل اولم يعمل وهو قول زفر وبه قال الائمة الثلثة الشافعى ومالك واحمد كما فى المنبع (قوله وهذا اذا كانت المضاربة الثانية صحيحة) هنا فصول اربعة كلتاهما صحيحتان وجب الضمان فيه كما سبق وكلتاهما فاسدتان اواحداهما وفى هذه الثلثة لاضمان على واحد من المضاربين وباقى التفصيل فى النهاية وغاية البيان (قوله ويطيب لهما ذلك) هكذا العبارة فى الهداية اى يطيب الثلث للثانى والسدس للاول وانما تعرض لكون الثلث طيبا للثانى مع انه ليس بمحل اشتباه لانه لما ذكر مسئلة قبله وصرح فيها بان الربح طاب للثانى ولم يطب للاول وفى هذه المسئلة طاب للاول ايضا صرح بكونه طيبا لهما لئلا يوهم التصريح بكونه طيبا للاول فقط انه لايطيب للثانى وانت خبير بان هذا الايهام لما لم يكن فى عبارة المصنف كان الاظهر ان يقول ويطيب له ذلك اى للاول ذلك السدس اذ هو محل اشتباه لانه لم يصدر العمل منه فدفعه به وانما طاب لانه باشر العقدين الصحيحين فيكون عمل الثانى عمله من وجه (قوله لانه جعل الخ) اى الاول ما كان له

من الربح للثانى هكذا فى عامة الشروح وعليه السوق فقول المصنف للاول الصواب للثانى
(قوله ولعبده اى عبد المالك) التقييد به لبس للاحتراز لان عبد المضارب كذلك وقيل التقييد به
لدفع توهم ان يده للمولى فلم يحصل التخلية وعليه كلام المصنف وقيل لما فيه خلاف بعض اصحاب
الشافعى والحنبلى وغيره لا لاحد وعبد المالك وعبد المضارب سواء فى جواز الشرط والمضاربة
لو شرط العمل وان لم يشترط ففى عبد المالك كذلك وفى عبد المضارب كذلك عندهما وعلى قول
ابى حنيفة لم يصح الشرط ويكون المشروط وله لرب المال كما لم يصح الشرط لاجنبى او لمن لا يقبل
شهادة المضارب اوشهادة رب المال له فيكون المشروط لرب المال هذا زبدة ما فى الذخيرة والبيانية
(قوله وان كان عليه فللغرماء) يعنى وان كان دين عليه فما شرط له فلغرمائه (قوله وبموت احدهما)
وكذا بجنون احدهما اذا كان مطبقا كما فى المنح والبرجندى اطلق بطلانها فشمل ما لو علم
المضارب موت المالك اولم يعلم لانه عزل حكمى فلا يتوقف على العلم كما فى باب الوكالة كما فى المنح
ولو مات المضارب والمال عروض فولاية البيع قيل لوصى المضارب اولوارثه لا لرب المال وقيل
لكليهما وهو الاصح كما فى العمادية (قوله وحكم القاضى به) قيد به لان تصرف المضارب
قبل لحاق المالك والحكم به موقوف عند ابى حنيفة ان اسلم نفذ وعندهما ينفذ ولا يتوقف
مالم يحكم بلحاقه ثم بطلانها باللحاق والحكم به من يوم ارتداده على اصل ابى حنيفة ومن
حين الحكم عندهما كما فى البدائع (قوله لا لحوق المضارب بها) اى لا تبطل المضاربة بلحوق
المضارب بدار الحرب مرتدا بل تبقى على حالها فى قولهم جميعا كما فى عامة الشروح يعنى لا يتوقف
تصرفه عند ابى حنيفة ايضا بل جميع تصرفاته جائز كما فى حال اسلامه فيكون الربح
بينهما على ما شرطا هذا اما اذا مات المضارب مرتدا اوقتل على ردته اولحق بدار الحرب
وقضى بلحوقه بطلت المضاربة صرح به فى البدائع وبداية الهداية وعليه كلام صاحب النهاية
والامام الاسبيجابى فى شرح الكافى الحاصل فرق بين الارتدادين قبل اللحوق وبعده لا فرق
بينهما وليس فى كلام المصنف ما يدل على ان المضاربة باقية بعد لحوقه بها وان تصرفاته
معتبرة بعده وان الربح الذى حصل بعده يكون بينهما ولا ان هذا احد محتملى كلام الهداية
كما ظن ولم يقل به احد من شراحه تدبر (قوله لان تصرفاته) اى تصرفات المضارب حين
ردة المالك انما توقفت الخ وضمير له فى الموضعين عائد الى المضارب المرتد والضمير فى ملكه عائد
الى المالك المرتد والمقام معين فى مثله لم يعد من قبيل تفكيك الضمائر والعبارة بعينها عبارة الزيلعى
(قوله ولا تبطل بالدفع) اى بدفع مال المضاربة كلا او بعضا كما فى الذخيرة والمبسوط وما وقع
فى الهداية من التقييد بالبعض بناء على لفظ الجامع الصغير فاتفاقى اومبنى على الواقع كثيرا
اطلقه فشمل ما تصرف رب المال فيه بعد الدفع اولا وقيد فى الهداية به اشارة الى انه لما
لم تبطل بتصرفه فيه فلان لا تبطل عند عدمه بالطريق الاولى ولكل وجهة ولبس فى عبارة
المصنف اهمال كما ظن وقيد بالدفع لانه لو اخذ المالك بغير اذن المضارب والمال نقد وتصرف
تبطل المضاربة ولو كان عرضا لا تبطل كما فى الشروح (قوله او مضاربة) يعنى لا تبطل المضاربة
بدفع المضارب مال المضاربة الى المالك مضاربة سواء تصرف المالك اولا ولم تصح المضاربة
الثانية وعمل المالك يصير معاونة فما حصل بعمله من الربح يكون بينهما على ما شرطا
فى المضاربة الاولى كما فى الشروح (قوله قلنا العقد اذا صح الخ) حاصل هذا الجواب ان ما حصل
من الربح انما يكون للمالك من غير بطلان المضاربة فى رأس المال اقول فيه بحث اذا المصرح

فى عامة الشروح ان يكون ذلك الربح بينهما على ماشرطا فى المضاربة لان هذا الابضاع منه فى الحقيقة الاستعانة ولافرق بينه وبين الاجنبى فى ان يكون معينا فكما يكون الربح بينهما عند كون الاجنبى معينا يكون كذلك عند كون المالك معينا على ان فى تصوير السؤال نوع حزازة لان موجب الابضاع ان يكون الربح للمبضع لا للمبتضع والمالك هنا هو المبتضع تدبر (قوله وفى الاستحسان له ذلك اى للمضارب ان يبيعه بجنس رأس المال) اشار به الى ان ليس له ان يبيعه بجنس العروض كما لم يكن له ان يبيع العروض بالعروض بل بجنس رأس المال فقط وكذا لم ينعزل عن بيع العروض وتبديل خلاف رأس المال من النص اذا مات رب المال اولحقه بدار الحرب بعد الردة كما فى الهداية وغيره (قوله على ان يحيل صاحب المال) اى يوكل الوكيل الموكل بالتقاضى كيلا يضيع حقه والاحالة مجاز عن التوكيل والجامع اشتمالهما معنى النقل (قوله الهالك من الربح) جملة اسمية ولو قال فمن الربح لكان له وجه اطلق الهلاك فشمل ماهلك من عمله ومن عمل غيره ففى كلتا الصورتين لايكون مضمونا عليه كما فى النهاية (قوله لانه امين) هذا فى المضاربة الصحيحة امافى الفاسدة فاذا هلك المال فى يد المضارب لايفعله ذكر فى الاصل انه لاضمان عليه وذكر الطحاوى فيه خلافا قال لايضمن فى قول ابى حنيفة ويضمن فى قول صاحبيه كما فى الاجير المشترى كذا فى الخانية (قوله وان اقتسماه وفسخاها الخ) هذه حيلة نافعة للمضارب ليفوز لحظه من الربح كما فى المقدسى ولكن ظاهر كلام المصنف واطلاقه على ان لايلزم فى الفسخ والعقد ان يسلم المضارب رأس المال الى المالك ويدفعه هو الى المضارب بل الفسخ والعقد الجديد بمنزلة تسليم رأس المال الى المالك والدفع الى المضارب فلاحاجة الى التسليم الحسى والدفع المحسوس كما افاده بعض العلماء فى شرحه على الهداية اقول قد صرح فى النهاية بان الحيلة فى ان لاينتقض قسمة الربح ان يستوفى رب المال رأس ماله اولا ثم يقسمان الربح ثم يرد رب المال رأس المال على المضارب ويقول له اعمل برأيك المضاربة التى كانت ويكون هذه مضاربة مستقلة لوهلك المال فى يد المضارب بعد ذلك لاينتقض القسمة الاولى انتهى وهكذا صرح به الزيلعى وزاد عليه وهكذا اذا فعلا ذلك فى كل ما اقتسماه لايجب عليهما الرد عند الهلاك وعليه كلام الاتقانى فيظهر انه لابد من التسليم والدفع واطلاق كلام الهداية وغيره محمول عليه غايته لزوم وجدان التخلية بحيث يراه المالك ويقدر اخذه لواراده تدبر كما لايخفى (قوله نفقة مضارب فى الحضر) اشار بمضارب الى ان هذا الحكم فى المضاربة الصحيحة وفى الفاسدة يكون اجير المضارب فلا يستحق النفقة مطلقا كما فى الهداية وغيره (قوله وفى السفر طعامه الخ) من قبيل العطف على معمولى عاملين مختلفين فى السفر عطف على فى الحضر ومن مالها عطف على من ماله وطعامه بدل من نفقة مضارب المقدر بحكم العطف اوخبر مبتدأ محذوف اى هى طعامه الخ معترضة لبيان ماانفق فى السفر ويدخل فى الطعام الادام المعتاد ولو لحما والفاكهة المعتاد كما فى الملتقط والمراد خادم يخدمه فى الخبز والطبخ وغسل الثياب والحمل ومحافظة الدواب مما يحتاج اليه لاجل المضاربة فلواشترى جارية للوطئ والخدمة كان ذلك فى ماله خاصة كما فى الخزانة والدهن بفتح الدال وركوبه بفتح الراء وهو الاظهر مايركب واجرة الحمام والحلاق وقص الشارب من مال المضاربة كما فى الكافى واجرة الحجام والفصاد لم يجب من مالها لانها من قبيل الدواء كما فى المحيط (قوله من مالها وقال فى الشروح فى مالها) اشار به الى ان ليس بين فى ومن فرق فى افادة انه لم يشترط الانفاق من عين مال المضاربة بل يرجع فيه لو استدان

او انفق من مال نفسه الا انه اذا نوى مال المضاربة لا يرجع على رب المال لفوات محل النفقة بخلاف ما اذا اشترى شيئا للمضاربة او استأجر دابة لحمل عليها مال المضاربة فضاع قبل ان ينقد منه يرجع بذلك على رب المال كما في المحيط (قوله ورد الباقي بعد الاقامة) اى بعد اقامته في مصره اوفي مصر يتخذه وطنا ودارا اما اذا نوى في مصر اقامة خمسة عشر يوما او اواكثر فلا يرده فيها مالم يتخذه دار اقامة كما في المنبع وغيره وذكر في المجمع انه لوسافر بماله ومال المضاربة اوخلطه باذن او بمالين لرجلين انفق بالحصة انتهى ولوكان احد المالين مضاربة والآخر بضاعة لرجل آخر فنفقته في مال المضاربة الا ان يتفرغ لعمل البضاعة فحينئذ ينفق من مال نفسه الا ان يأذن المبضع كما في تشنيف المسمع (قوله ان ربح المضارب اخذ المالك من الربح قدر المنفق الخ) اشاربه الى ان للمضارب ان ينفق مايحتاج اليه لاجل المضاربة من رأس المال قبل حصول الربح فان حصل يتم رأس المال به والا لا شئ على المضارب ولو انفق من مال نفسه يأخذه من رأس المال ولو هلك لايرجع به على رب المال كما في البحر وذكر في الذخيرة وغيره يبدأ بقضاء الدين ثم برأس المال ثم بالنفقة ثم يقسم الربح (قوله من اجرة الجمل واجرة القصار) والجمل وفي بعض النسخ والحمال فعلى ايهما تكرار فالظاهر انه طغيان قلم الناسخ من قوله والصباغ لما انه هكذا وقع من الزيلعي وهذا الشرح بعينه مأخوذ من شرحه (قوله فحصتها ثلثة آلاف) هذا الكلام قد افاد ان الالف من اربعة آلاف للمضارب خاصة لانه بدل ملكه وتبع المصنف في هذا صاحب الهداية ولم يصرح به لظهوره من المسئلة المتفرع عليها ان ربع العبد للمضارب خاصة (قوله ولو كان بالعكس) اقول يرى هذا مخالفا لما اسلفه في باب المرابحة من ان رب المال يرابح على ما شراه مضاربه وعلى نصف ماربح بشرائه من مضاربه وقد اتفق كلامهم على ذلك ثمه وشيد في فتح القدير باتيان النظير فيظهر الفرق بين المضارب والمالك في المرابحة ولكن الزيلعي صرح هنا بان لافرق بينهما مع موافقته ثمه على ذلك وتبعه المصنف ووفق صاحب البحر الرائق بين الكلامين بان حمل ما في باب المرابحة على ما اشترى المضارب بجميع رأس المال وما هنا على ما اشترى ببعض رأس المال لان فيه لايظهر الربح لاحتمال هلاك بقية رأس المال فاذا لم يظهر لم يكن للمضارب شئ حتى يضم رب المال حصته من الربح وقد بسط الكلام في استيفاء الاقسام نقل من المحيط ويؤيد هذا التوفيق ماسبق من ان مال المضاربة اذا صارت اجناسا مختلفة لايظهر الربح مالم يزد كل منها على رأس المال عندنا (قوله فان دفعا العبد) قيد به لانه لو اراد المالك الدفع والمضارب اختار الفداء له ذلك ويكون على المضاربة لان الربح متوهم كما في الايضاح وهكذا لو اختار الفداء وقيمته الف سواء كان المالك غائبا اوحاضرا لم يرد الفداء لانه كان متطوعا في الفداء فيكون العبد على المضاربة كما في البحر ولوكان احدهما غائبا وقيمته الفا درهم ففداه الحاضر يكون على المضاربة ولا يرجع على صاحبه في حصته لكونه متبرعا ثم في صورة الدفع لابد من حضورهما ولوكان الارش مثل قيمته اواكثر وقيمته الف اوالفان كما في النهاية ولواختار المضارب وحده الدفع دفع حصته والمالك مخير في الباقي بين الدفع والفداء كما في المقدسي (قوله واما حصة المالك) علل في الهداية وغيره بالدليلين والمصنف اتى من الاول بما في حق المضارب وبالثاني في المالك مع انه شامل لهما طيا للمسافة نعم لو قال واما حصة المالك فلان القضاء بانقسام الفداء عليهما يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهى بها وايضا ان العبد بالجناية الى آخره لكان اولى وقوله عن ملكهما هو الصحيح لا ملكه كما وقع في بعض النسخ (قوله

الى مالايتناهى) اى الى ان يصل الثمن الى البايع (قوله بالف د فع اليه فاشترى) قيد به لانه لولم يدفع الف فاشترى الوكيل ثم دفع اليه الموكل الثمن فهلك لايرجع على الموكل لوجود الاستيفاء واما المدفوع الى الوكيل قبل الشراء فانه امانة فى يده فلم يصر مستوفيا به فاذا هلك يرجع اليه مرة كما فى الهداية (قوله بان المال فى يد المضارب) متعلق بقوله فرق و قوله فاذا اشترى العبد اى اذا اشترى الوكيل العبد بالف الخ حاصله ان الوكيل بمنزلة البايع من الموكل حيث انعقد بينهما مبادلة حكمية فاذا قبض الثمن بعد الشراء صار مستوفيا له فصار مضمونا عليه فاذا هلك لارجوع له على الموكل اصلا كما فى التكملة ويجب الثمن على الوكيل للبايع و يدفع الوكيل المبيع الى الموكل كما فى تنوير تلخيص الجامع الكبير مفصلا (قوله فان الغاصب اذا توكل) اى قبل الوكالة من المغصوب منه فى بيع المغصوب جاز وكالته منه و قوله ضمن لانه لم يخرج عن الضمان بمجرد الوكالة كما فى البيانية (قوله دفعت الفا و ربحت الفا) بفتح التاء فى الاول وضمها فى الثانى قيد باختلاف فى رأس المال لانه لو اختلفا فى الشرط بان قال المضارب لى النصف والمالك لى الثلثان فالقول للمالك لان الشرط يستفاد منه وهو منكر لماقاله المضارب كما فى الخزانة (قوله اوادعى المضارب العموم) اطلقه ولكن المراد الاختلاف بعد التصرف اذلوكان الاختلاف قبله فالقول للمالك ولايكون للمضارب التصرف فى عموم التجارات كما فى الظهيرية وقوله فالقول للمضارب اى مع يمينه استحسانا وبه اخذ علماؤنا رحمهم الله تعالى كما فى المنبع وقوله وايهما برهن الى آخره وان اقام كل بينة على مدعاه يعمل بالمؤخرة تاريخا وان استويا فى التاريخ اووقت احداهما دون الآخر يقضى ببرهان رب المال كما فى المنبع معزيا الى الاصل (قوله فللمالك) اى مع يمينه و قوله و البينة للمضارب جملة اسمية و المراد ان بينته اولى هذا اذا لم يورخا بينتهما اوارخ احدهما اما اذا ارخا فبينة صاحب التاريخ الاخير اولى كما فى الخزانة (قوله اوقرض) وانت خبير بانه لو قال من معه الف هو قرض او مضاربة زيد و قد ربح و قال زيد بضاعة او وديعة لكان اخصر وذكر الزيلعى فى تبيينه ان رب المال لوادعى القرض والمضارب المضاربة كان القول للمضارب و ايهما اقام البينة قبلت ولو اقاما فبينة رب المال اولى انتهى (قوله و لو وقتا) اى وقت كل منهما قوله اوبينة بوقت سواء كان فى دعوى العموم والخصوص او فى دعوى كل منهما نوعا مخصوصا هذا هو المراد من الاطلاق الا انه فى غاية الاجمال ولوقال فى شرحه بان قال دفعت اليك المال وعينت فى تجارة فى رمضان اودفعته فى البرفية وقال المضارب دفعته الى وعممت فى انواع التجارة فى شوال اوماعينت فى نوع فيه اوذفعته وعينته فى الطعام فيه وكذا لو اثبت كل منهما مدعاه باختلاف التاريخ لارتفع الاجمال وعلى هذا الاطلاق والتفصيل يشهد ماسبق من الخزانة والمنبع ولك ان يقول يشمل هذا الاطلاق الاختلاف فى انه مضاربة او بضاعة وانه قرض او بضاعة او وديعة وتوقت كل منهما بينته اوقوله ولاتنافى بين البينتين اوالقولين لجواز ان يعطيه مضاربة او بضاعة ثم اقرضه ونحو ذلك والعمل للاخير لانه ناسخ للاول

﴿ كتاب الشركة ﴾

(قوله هى اختلاط شئ بشئ بحيث لايتميز احدهما من الآخر) قيل فيه تسامح لان الاختلاط صفة الشئ المختلط والشركة صفة صاحبه اقول هذا تفسير بناء على انه اسم مصدر مبنى للمفعول فلامسامحة اصلا كما لايخفى تحقيقه ان الاختلاط بمعنى المخلوط وكل منهما اعم من ان يكون بصنع احد و بلاصنعه كما هو الواقع وكذلك الشركة اعم من ان يقع الشركة بصنعهما او بصنع احدهما او بغير صنع احد والشركة كون

شخصين مشتركين فى شئ فصحة حمل الاختلاط على الشركة كحمل الخلط عليها بمعنى الشركة بالاختلاط كما هى بالخلط من غير فرق على ان الاختلاط لازم للخلط واقامة اللازم مقام الملزوم من البلاغة فكيف يعد مسامحة (قوله ثم اطلقت على العقد) تبع فيه الزيلعى وغيره وقوله ثم صارت حقيقة عرفية هذا هو الموافق لما فى المنهاج وشروحه من ان الحقايق الشرعية او العرفية مجازات لغوية اشتهرت فى تلك المعانى بعد الاستعمال مجازا فصارت حقايق لا انها موضوعات مبتدأة وحكموا بان ذلك هو الحق فظهر ان قول من قال انه ليس بصواب ليس بصواب (قوله وهى ان يملكا عينا) وكذا لو كان الملاك اكثر وماذكره المصنف ادنى مرتبة الشركاء وقيد بالعين بناء على ان الغالب لان شركة الملك كما يكون فى العين يكون فى الدين كما فى المنح والفتح (قوله واتهاب) وكذا لو ملكا عينا بالتصدق والوصية ولم يذكرهما لكونهما فى معنى الاتهاب (قوله فصح له بيع حظه) اراد به تصرفه فى حظه بالاخراج عن ملكه مطلقا فيدخل فيه هبته وتصدقه ووصيته وجعله مهرا او بدل خلع ونحوها واما الانتفاع بالمشترك فى الدابة لا يركبها الا باذن شريكه وينتفع بالعبد والدار ولا اجر عليه ولو مدة للاستغلال ويعزل حظه فى الكيلى والوزنى بغيبة شريكه و يصرفه ولا شئ عليه ان سلم الباقى الى شريكه ولو هلك قبل التسليم فعليهما وتمامه فى الفصل الثانى والثلثين من الفصول العمادية (قوله والفرق ان خلط الجنس الخ) هذا الفرق بعبارته مأخوذ من الجلالية غير ان فى عبارته فاعتبر نصيب كل منهما وهو الظاهر وقوله غير زائل بدل من قوله زائلا ووقع فى غيره من الشروح بدل عن الشريك من الشريك الى الشريك بلفظ الى فى الموضعين كما هو الظاهر وقوله وهذا اى الاعتبار وقوله تمليك معتق البعض اى تمليك احد الشريكين اياه مصدر مضاف الى المفعول (قوله فى كذا) كالبزمثلا (قوله قابلا للوكالة) وكل صور عقد الشركة تتضمن الوكالة ويختص المفاوضة بالكفالة كما فى الفتح القدير وقوله ونحوه اى من الاحتشاش والاصطياد والتكدى كما فى الشروح (قوله فانه يقطع الشركة فى الربح) قيد به لانه لو لم يقيد به لتبادر ان المراد بقطع الشركة فسادها وبطلانها وهى لا تبطل بالشرط بل الشرط فاسد والشركة باقية فيلزم الشركة فى تلك الدراهم وعليه كلام خواهرزاده ذكره فى الصغرى وهذا هو الموافق لما سبق فى المسائل الشتى ويحتمل ان يراد بقطع الشركة فى الربح فسادها مطلقا لا لانه شرط فاسد تفسد به بل لانه شرط تنفى به الشركة وعليه السوق فحينئذ كان الظاهر ترك قوله فى الربح وعليه كلام صدر الشريعة على انه قال فى الذخيرة الشركة تبطل باشتراط ربح عشرة لاحدهما (قوله قال فى الهداية ثم هى على اربعة اوجه) قال الوافى وجه الحصر ان عقد الشركة اما ان يذكر فيه مال اولا وفى الذكر اما ان يشترط المساواة فى المال وربحه وتصرفه ونفعه وضرره اولا فان شرط ذلك فهو المفاوضة والا فهو العنان وفى عدم ذكر المال اما ان شرطا العمل بينهما فى مال الغير اولا فالاول الصنايع والثانى الوجوه هذا اقول ولما كان معنى المفاوضة والعنان فى شركة المال مرعيا كما ينبغى وكانتا كالعلم فيهما كما ان الصنايع كالعلم فى العمل فى مال الغير و الوجوه كالعلم فى اخذ مال الغير والتصرف فيه جعل المحققان كلا منهما قسما المفاوضة شركة المال وعنانها مع انهما لا تنفكان ايضا من ان يكونا مفاوضة وعنانا بمجرد تضمنهما الوكالة وتضمن مفاوضتهما الكفالة واكتفيا بالاشارة والتنبيه على كونهما مفاوضة وعنانا ايماء الى انحطاط رتبتهما فى كونهما مفاوضة وعنانا سيما فى كونهما مفاوضة فانها اقل قليل وهذا هو المطلوب وغاية التحقيق فى الافادة ولله درهما فظهر ان كلا منهما اشتملا على

الانواع كلها كمختصري الشيخين مع افادة نكتة وان ما اختارهما اولى واوجه كما لا يخفى (قوله فيه نظر) لانه يوهم ان شركة الصنايع وشركة الوجوه مغايرتان للمفاوضة وفي عبارة غاية البيان للمفاوضة والعنان وقد سقط الاخير من قلم الناسخ هنا ثم انك قد عرفت مغايرتهما لمفاوضة شركة المال وعنانها وهي مراد المحققين لا مغايرتهما لمطلق المفاوضة والعنان وقوله في الابدال اي الاثمان والمبيعات كما في الفتح وقوله وفي الهداية الخ كلام المصنف لا كلام صاحب الغاية وقوله فلما عثرت على هذا اي ما في غاية البيان (قوله لعدم الخ) علة لقوله لا يقدر وقوله وطلب كل منهما مصدر مبني للمفعول عطف تفسير للمساواة اوفعل مجهول مستأنف لبيان المساواة ولو قال بان يكون كل منهما كفيلا للاخر ومطالبا فيما باشره احدهما ليتحقق المساواة بينهما لكان احسن سبكا وتساويا مالا وكذا ربحا ولم يذكره حوالة على الفهم الا ان اللايق ذكره اذ به يتحقق التساوي ايضا (قوله فلا تصح بين عبدين) اطلق عدم الصحة فشمل ما لو اذن مولاهما فحينئذ لا تصح المفاوضة ايضا لتفاوتهما في القيمة وقضية المفاوضة صيرورة كل واحد كفيلا بجميع ما لزم صاحبه ولم يتحقق كما في المحيط (قوله ومسلم وذمي) اراد به الكافر مطلقا فشمل المرتد فان المفاوضة بين مسلم وكافر مطلقا يجوز عند ابي يوسف وتكره كما في البحر (قوله فيجعل التصريح بالمفاوضة قائما مقام ذلك) اي جميع شرائطها لانه صار علما على تمام المساواة في الشركة وقوله وان بينا بان يقول احدهما حران بالغان مسلمان اوذميان شاركتك في جميع ما املك من نقد وقدر ما يملك على وجه التفويض العام من كل منا للاخر في التجارات والنقد والنسيئة وعلى ان كلا منا ضامن عن الآخر ما يلزمه من امر كل بيع كما في الفتح (قوله الا طعام اهله) يعني طعاما يأكله مع اهله ويدخل فيه الادام ولذلك لم يتعرض له من لم يتعرض والمصنف صرح به اهتماما والمراد ادامه وادام اهله ويدخل في كسوتهم كسوة نفسه اما بناء على انه بالطريق الاولى او بطريق آخر وهو ان المراد بالمذكور حوايجه فيشمل ايضا شراء بيت السكنى والاستيجار للسكنى اوللركوب لحاجته كالحج وغيره كما في تبيين الحقايق (قوله وصاحبه بالكفالة) لان كفل عنه ما لزمه بالشراء بسبب شركة المفاوضة كما في المنبع ولذلك استثنى الطعام وما معه دون الضمان (قوله وكل دين) مبتدأ خبره قوله ضمنه الآخر وقوله وسيأتي بيانه وهو قوله كالشراء الخ وهو تفسير لقوله ما يصح فيه الشركة كما ان قوله كالجناية الخ تفسير وبيان لقوله ما لا يصح فيه الشركة وقوله والنفقة عطف على قوله الخلع من غير تقدير لان كل واحد من المذكورات سبب الدين لا عينه (قوله كالشراء والبيع) اتى به بناء على انه سبب ما يصح به الشركة ايضا ولكن ليس من اسباب ما لزم به دين على احدهما والسوق عليه فالمناسب تركه الا انه لو استحق المبيع والثمن قد هلك في يد البايع يكون سبب الدين ايضا واشار بالشراء وما عطف عليه الى ما لحقه من ضمان التجارة وبالكفالة بامره الى ما لحقه من ضمان يشبه ضمان التجارة فعلى الاول يلزمه ثمن المشتري في الجائز وقيمته في الفاسد واجرة المستأجر للتجارة اولحاجة نفسه وعلى الثاني يلزمه ما لحقه من الكفالة والغصب والاستهلاك والاستقراض ووديعة جحدها اواستهلكها اومن الاقرار الا اذا اقر لمن لا تقبل شهادته له هذا عند ابي حنيفة مطلقا ومحمد معه في ضمان الغصب والاستهلاك ومع ابي يوسف في عدم المؤاخذة في ضمان عن الكفالة وفي اقراره لعبده اومكاتبه هذا زبدة ما في الشروح وقوله اوكفالة عطف على ما يصح (قوله ويتضمن الوكالة فقط) اي دون الكفالة هذا اذا

لم يذكراها اما اذا ذكراها فان توفر باقي الشروط انعقدت مفاوضة وان لم يتوفر قيل تبطل
الكفالة وقيل لاتبطل والاول يرجح لان هذه كفالة المجهول فلا تصح الاضمنا ولا ثبوت لها ضمنا هنا
فتبطل كما في الفتح واشار بعدم تضمنها الكفالة انها لاتنعقد ممن ليس باهل الكفالة بان كان احدهما
صبيا مأذونا في التجارة اوكلاهما وكذا لوكانا عبدين مأذونين اوذميين اومختلفين كما في البزازية
والبرجندي واطلق هذه الشركة فشملت ماكانت موقتة وغير موقتة ثم لوكانت موقتة قيل
لاتبقى بعد مضي الوقت وقيل تبقى واختاره الطحاوي كما في المحيط (قوله ببعض المال) اي
ببعض مال كل من الشريكين دون بعض واللام عوض عن المضاف اليه وليس في عبارة
المصنف نوع قصور في اداء المقصود حتى يكون عبارة الهداية اوضح منها والا اختصار
مطلوب سيما في المتون (قوله لا الربح) قيد للتساوي والفضل والعكس مقابل لهما فيشمل المتن اربع
صور فيصير اشمل من كلام الهداية والوقاية الا انه لم يحقق في الشرح فكان ينبغي ان يقول
اي مع تساوي الربح لا المالين ومع تساويه وتساويهما هذا عندنا وعند الشافعي وهو قول
زفر لم يصح اشتراط التفاوت في الربح مع التساوي في المالين ولا اشتراط المساواة في الربح مع
التفاوت في المال كما في الشروح اطلق صحة التفاضل في الربح ولكنه مقيد بما اذا شرطا العمل
عليهما سواء اوعمل احدهما اوشرطاه على من شرط له زيادة ربح امالوشرطاعلى العمل اقلهما
ربحا فلا يجوز صرح به في المحيط والخانية والذخيرة (قوله اومن احدهما دراهم بيض)
عطف على احدهما والتقدير اوبان يكون من احدهما الخ وقوله يكون في قوة بان يكون لانه
مختصره وليس في مثل هذا العطف تمحل عند اهل العربية ولاما يخالف المتن حتى يحتاج
الى تصوير الشرح بصورة اخرى ثم الصحة مع اختلاف النقدين انما هي عندنا خلافا للشافعي
وهو قول زفر ايضا (قوله فاذا استندت الى العقد لم يشترط فيها المساواة) اشار به الى ان العلة
المذكورة جارية على المسائل الثلاث فالمساواة ناظر الى المسئلة الاولى والاتحاد الى الثانية
والخلط الى الثالثة واشار به ايضا الى ان الثلث كلها خلافية بيننا وبين الشافعي وزفر وقد سبق
التنبيه عليها (قوله ثم يرجع على شريكه) هذا اذا اعترف به الشريك اما اذا انكر فالقول له
مع يمينه والبينة للمشتري ثم المشترى بينهما على قدر ماليهما لا مطلقا بل على قدر ماليهما
وقت الشراء كما ان ظهور الربح في قدر نصيب احدهما وقت القسمة كما في القنية وذكر في الحواشي
فاذا رجع بقدر حصته من الدراهم بطلت المفاوضة كما في حاشية الكمال الاسود واشار به
الى انه اورجع بقدر حصته من العروض والعقار اواحال به على مديونه اولم يرجع به عليه بل
هو بقي عليه دينا ولم تبطل كما لا يخفى (قوله ولا يصحان الا بالنقدين) قيد به لان الشركة
لاتصح بالمكيل والموزون والعددي المتقارب قبل الخلط بالاجماع وبعده ايضا عند ابي يوسف
وهو ظاهر الرواية عن ابي حنيفة فيكون الشركة شركة ملك لاعقد وعند محمد تصح وتكون
شركة عقد تصح التفاضل في الربح هذا اذا اتحد جنس المخلوط اما اذا اختلف جنسه لاتصح
اتفاقا كما في الخانية وغيره اطلق النقدين ونحوهما الا انه مقيد بان يكون رأس المال حاضرا
فلو كان رأس مال احدهما غائبا اودينا لاتصح الا اذا احضر المال وقت شراء الشريك
فحينئذ يصح العقد مفاوضة كان اوعنانا كما في القنية والبزازية (قوله والتبر) بالكسر في القاموس
هو الذهب والفضة اوفتاتهما قبل ان يصاغا اوما استخرج من المعدن قبل ان يصاغ وفي
النهاية الجزرية اكثر استعمال التبر في الذهب وهو المراد هنا وتفسير المصنف بانه ذهب غير

مضروب بحسب المقام واما مراده فى قوله واما التبر فهو ماكان غيرمضروب من الذهب والفضة كما صرح به فى الكافى ولذلك قال فلا يصلحان اعتبارا للمعنى وافراد الضمير فى وجهله اعتبارا للفظ كما لايخفى (قوله بعد بيع كل نصف عرضه بنصف عرض الاخر) اطلقه فشمل ماتساوى قيمتى عرضيهما اوتفاوتت كما فى التبيين واشار بهذا الى انه لو باعه بنصف درهم الآخر ثم عقد الشركة يجوز بالطريق الاولى كما فى المنح (قوله ولا يصحان الابما ذكر وبالعروض الخ) تصريح منه ان العقد بالعروض اعم من ان يكون مفاوضة وعنانا وعليه ايضا قوله ثم بالعقد صارشركة عقد حيث اطلقه فشمل المفاوضة والعنان وقول صاحب الهداية هنا وهذه شركة ملك استشكلوا فيه ودفعه صاحب المنح بان المشايخ اختلفوا فى جواز شركة العقد بهذه الحيلة فاختاره القدورى وشيخ الاسلام وصاحب الذخيرة والقاضى الامام اسبيجابى والمزنى من الشافعية الجواز وقيل هو قياس قول محمد واختار شمس الائمة السرخسى وصاحب الهداية عدم الجواز وهو اقرب الى الفقه لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة وقيل هو قياس قول ابى يوسف فحينئذ انما تصح اذا كان العقد مضافا الى حال بيعهما العروض بالدراهم وهذا العقد يحتمل الاضافة فيكون العقد على الدراهم فيكون هذا القول منه بيان مااختاره وله فى الهداية نظائر منها قوله فالنية فى الوضوء سنة بعد قول القدورى ويستحب للمتوضئ ان ينوى الطهارة ودفعه المقدسى بان مراد صاحب الهداية ان هذا العقد كلا عقد ما لم يوجد القبض فان مجرد البيع ولو وجد عقد بعده لا يكفى كما نص عليه فى الخلاصة اقول فيه بحث لان ما نص عليه صاحب الخلاصة هو تصوير المسئلة بالبيع والقبض ثم العقد وهكذا صورها صاحب المنح وبنى اختلاف المشايخ على هذا التصوير وايضا لو كان قوله هذا ناشيا من اهمال هذا القيد لكان المناسب ان يقول هذا اذا قبض كل نصف عرض الآخر واذا لم يقبضه لبقى شركة ملك وما قيل فى دفعه ان الاشارة بهذه راجعة الى الشركة قبل العقد بعد البيع فهو بعيد لان مثل هذا بديهى لا يليق لمثل صاحب الهداية التنصيص عليه (قوله كما مر آنفا وهو قوله الا بالنقدين الخ) وقوله وقبض اطلقه فشمل انها لاتنقلب عنانا مالم يقبض ماملكه ولو بارث كما فى فتح القدير والكافى وقوله لزوال المساواة الخ اشار به الى انه لو كان رأس مال احدهما دنانير او دراهم سود ورأس مال الآخر دراهم بيض فزادت قيمة احدهما او نقصت قبل الشراء انتقضت المفاوضة وان حصل الفضل بعد الشراء ولو قبل التسليم لا تنتقض استحسانا كما فى المحيط (قوله هلاك مالهما او مال احدهما الخ) وكذا انكار الشركة فسخ وقوله لا اعمل فسخ حتى لو عمل الآخر كان ضامنا وما وقع فى الخلاصة من ان احد الشريكين لا يملك الا برضى صاحبه فغلط كما صرح به فى فتح القدير حتى لو قال احد الشريكين للآخر انا اريد ان اشترى هذه الجارية لنفسى فسكت فشراها لا يكون له بخلاف الوكيل على ما فصل فى الخلاصة اقول ومن الله التوفيق انه لاغلط هنا بل التحقيق ان السكوت رضا فى شركة العنان صرح به فى جامع الفصولين وذكره صاحب الاشباه وهكذا فى خزانة المفتين فى القاعدة الثانية عشر بخلاف الشركة المفاوضة فانه لابد فيها من تصريح الرضاء وما وقع فى الخلاصة محمول على شركة العنان فى المسئلة وتغليط صاحب الفتح بالحمل على شركة المفاوضة وههنا توجيه آخر فى دفع الغلط فى شرح المقدسى على الكنز المنظوم (قوله والشركة شركة عقد) هذا عند محمد خلافا لحسن بن زياد فانها شركة ملك عنده حتى لاينفذ بيع احدهما الا فى نصيبه

والرجحان الاول وعليه كلام الشروح سيما كلام المصنف حيث لم يتعرض للخلافه وقوله كما مر في مسئلة وكل يطالب بثمن مشترية الخ (قوله فان وكله حين الشركة صريحا) بان قالا عند عقد الشركة على ان ما اشتراه كل منا بماله هذا يكون مشتركا بيننا كذا صوره في المبسوط وفتح القدير (قوله حتى لا يملك الخ) ويرجع المشترى على صاحبه لحصته من الثمن لانه اشترى بعضه بحكم الوكالة (قوله والا فلا) هذا جمع بين التناقض الواقع في المبسوط في جواب المسئلة حيث صرح في موضع بان يكون المشترى لها لصاحبه وفي موضع آخر بان يكون بينهما فحمل الاول اذا لم يكن في العقد تصريح بالوكالة ومحمل الثاني اذا صرحا بها كما في فتح القدير (قوله فتبطل ما في ضمنها) بخلاف ما اذا صرحا بالوكالة حيث يكون مقصودة فلا تبطل ببطلان الشركة (قوله ويضارب) وعن ابي حنيفة انه ليس للشريك ان يضارب والصحيح ما في المتن كما في الشروح واشار به الى انه لبس لاحد الشريكين ان يشارك غيره كما في عامة الشروح ولكن قال في الجوهرة الا باذن شريكه يريد به ان له ان يشارك غيره باذن صاحبه كالوكيل المطلق ليس له ان يوكل غيره لكن اذا اذن الموكل التوكيل فله ذلك فكذا هذا (قوله والمال في يده امانة) حتى لا يضمن الا بالتعدي كما في البرجندي ولو ادعى دفعه لشريكه فالقول له بيمينه في حياته او بعد موته كما في البحر الرائق اخذا من الولوالجية وهكذا في الحافظية في باب التحليف وذكر الناطفي ان الامانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل الا في ثلث متولي الوقف اذا اخذ من غلاته ومات بلا بيان والسلطان اذا خرج للغزو واودع بعض الغنيمة عند بعض الغانمين والقاضي اذا اخذ مال اليتيم واودع غيره ومات ولم يبين حال المال الذي كان عنده انتهى وذكر الولوالجي المفاوض اذا مات ولم يبين حال ما كان بيده اقول قد سبق في كتاب الوديعة بعض تحقيق وتفصيل حتى غلط الامام قاضيخان ماذكره الولوالجي ولم يتيسر التلفيق بينهما على ان ماذكره الولوالجي قد نقله الحسام الشهيد من شركة الاصل في تهذيب واقعاته والتحقيق الحقيق ان المنقول ان كان صريحا في الاصل كما هو الظاهر فلا يكون في النقل غلط وان كان تخريجا فيحتمل الغلط ونسخة الاصل لما انقطعت والامام قاضيخان مجتهد في المسائل التي لا رواية عن صاحب المذهب فلعل اجتهاده اقتضى غلط التخريج هذا الا انه حكم بغلط الصريح اذ لا يقدر المخالفة لصاحب المذهب لا في الفروع ولا في الاصول لما بين في محله فيكون الظاهر ان هذه المسئلة مستثناة ايضا (قوله بان يكونا من اهل الكفالة وان يشترطا الخ) كلاهما مما يقتضيه شركة المفاوضة وقد سبق تضمنها للكفالة والتساوي في رأس المال والربح عليه واشتراط كون الربح بينهما يجب في هذه المفاوضة ايضا وعليه ظاهر كلامه هنا وان كان مخالفا لما سيأتي من قوله وصحت وان شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا وقد صرح في الكافي والمحيط والمنبع والتشنيف وغيرها ان صحة كون الربح اثلاثا انما هو من احكام عنان هذه الشركة لا من احكام مفاوضتها والمصنف ذكر ذلك على ان يكون من احكام المفاوضة فظهر ان المستقيم ما ذكره هنا لا ما سيأتي تدبر (قوله فيتقبلا العمل حقيقة او حكما) فيشمل ما اذا اشتركا في عمل ولم يحسنه احدهما فانها صحيحة لان الشركة بحتمل التوكيل فله ان يستعمل غيره اجيرا كان او معيرا كما في فتح القدير واراد بالعمل العمل الحلال لانه لو اشتركا في عمل حرام لم تصح كما في البزازية واراد بالعمل ايضا عملا يستحق العامل به شيئا ويقبل التوكيل فيه فيشمل ما لو اشتركا لحفظ الصبيان وتعليم الكتابة والقرآن والكتب الشرعية يجوز في المختار وكذا لو اشتركا في تقبل كتب الحاج او اشترك

الجالون فى التقبل والعمل جميعا يجوز بخلاف شركة فى قراءة القرآن فى المجلس وشركة السؤال وشركة الدلالين فى عملهم كما فى الظهيرية والحافظية والقنية (قوله لان الربح عند اتحاد الجنس) اى جنس الربح وما به الاسترباح وقد اختلف هنا لان الخ فانما يقال له ربح مجازا وقوله فلا يحرم اى قدر ما قوم به لعمل احدهما وان كان زائدا على قدر ما قوم به لعمل الآخر ولو كان ذلك الآخر احذق واهدى فى العمل وهو الصحيح لان الربح بضمان العمل لا لحقيقة العمل ولذا لو مرض احدهما او غاب فلم يعمل وعمل الآخر كان الربح بينهما بلا خلاف كما فى فتح القدير وهذه الشركة عنانا كانت او مفاوضة مقتضية لضمان العمل عن الآخر واقتضاء البدل وان لم يتقبل كما فى الشروح (قوله بخلاف شركة الوجوه) فان جنس المال متفق والربح بدل ما هو مال فيتحقق بتفاوت فى الربح من غير تفاوت فى المال ربح ما لم يتضمن وذا لا يجوز الا فى المضاربة على خلاف القياس كما فى فتح القدير وهو المنقول من المصنف فى هامش كتابه حاصله ان الربح فيها على قدر ما التزم كل من المال وشرط الفضل باطل وهو الموافق لما سيجىء وان لم يذكر بعبارته (قوله وان عمل احدهما) لان الشرط مطلق العمل لا عمل القابل الا يرى ان القصار اذا استعان بغيره او استأجره استحق الاجر اطلقه فشمل ما اذا عمل احدهما فقط لعذر بالآخر كسفر او مرض او بغير عذر كما لو امتنع عنه من غير عذر والعقد لا يرتفع بمجرد امتناعه واستحقاقه الربح بحكم الشرط فى العقد لا العمل كما فى البزازية (قوله فجرى مجرى المفاوضة الخ) اى جرى العنان مجرى المفاوضة فى هذين الامرين لا فيما عداهما حتى قالوا الخ فقوله حتى قالوا متفرع على ما قبله باعتبار هذا المفهوم وقد اسقطه وان ذكر فى الشروح لان الافراد بذكر شىء فى مثله يقتضى تخصيص الحكم به ولا غناء لاغناء قوله لان التنصيص على المفاوضة الخ وقوله لم يصدق على صاحبه الابينة كما فى الشروح (قوله متساويان فيما ذكر بلا مال) بان يكون من اهل الكفالة والمشترى بينهما نصفين وعلى كل منهما نصف ثمنه ويتساويا فى الربح ويتلفظا بلفظة المفاوضة او يذكرا مقتضياتها كما سلف كما فى الفتح وغيره (قوله بشتريها) اطلقه بحذف المفعول ليفيد العموم كما هو المراد فى المفاوضة وقوله فالربح كذلك اى يكون الربح بينهما اصفة فى صورة مناصفة المشترى ومثالثة فى صورة مثالثة وقوله وشرط الفضل باطل كما بطل شرط ان يكون الوضيعة بينهما نصفين مع تفاوت ماليهما وضما نهما الثمن فيكون الربح والخسران على قدر ماليهما كما فى العمادية وغيره (قوله ولا يستحق) اى الربح بغيرها اى بغير الامور الثلاثة عطف على قوله لا يستحق الا بالعمل الخ تأكيد او توطئة لما بعده واستحقاق الربح فى شركة الوجوه بالضمان على ما بين والضمان على قدر الملك فى المشترى فالربح الزائد عليه يكون ربح ما لم يضمن فلم يصح اشتراطه هذا

﴿ فصل فى الشركة الفاسدة ﴾

وجه تأخير الفاسدة عن الصحيح ظاهر (قوله وهو اثبات ولاية التصرف) اى للوكيل فيما هو ثابت للموكل اى فى ملكه او فى عقد المعاوضة والاول هو المراد هنا وعليه قوله لان الموكل لا يملكه اى لم يملك المذكور من الحطب والحشيش والصيد اذ لم يأخذه بعد حتى يوكل فى احتطابه الخ فلا يملك اقامة الغير مقامه وهذا التعليل مأخوذ من ايضاح الكرمانى الا ان المصنف اسقط ما هو من قبيل التطويل ولبس فى كلامه اخلال فى اداء المقصود وايضا ان الشرع جعل سبب ملك المباح سبق اليد اليه فاذا وكله به فاستولى يده عليه سبق ملكه فيه على ملك الموكل كما فى الفتح (قوله وما حصلاه معا) قيد به لانه لو اخذاه منفردين وخلطاه وباعاه قسم

الثمن على قدر ملكيهما وان لم يعرف مقدار ما كان لكل منهما صدق كل الى النصف وفيما زاد عليه البينة كما فى المبسوط (قوله باعانة الآخر) بان قلعه احدهما وجمعه الآخر او قلعه وجمعه وحمله الآخر بنفسه او حماره كما فى الشروح (قوله وللآخر اجر مثله) بالغا ما بلغ عند محمد ولا يزاد على نصف ثمنه عند ابى يوسف هذا اذا طلب الآخر اجر المثل عند تيسر البيع او طلبه قبل البيع فلا يزاد اجر المثل على نصف القيمة عنده كما فى الحصيرى ثم ظاهر الهداية والمبسوط وعليه كلام المصنف ترجيح قول محمد حيث قدموا ذكره والحاكم الشهيد والكرخى وشمس الائمة البيهقى وصاحب الايضاح الكرمانى قدموا ذكر قول ابى يوسف والقياس يقتضيه كما فى المقدسى والتشنيف والمنح اقول قول ابى يوسف ارجح بما ثبت عندنا ان المنافع لا قيمة لها الا بالعقد او شبهته فوجب الرجوع الى ما قومت به فى العقد وسقط ما زاد عليه لرضاهما باسقاطه كما لا يخفى (قوله كما هو حكم الاجارة الفاسدة) اى فى جهالة المسمى وعدم تسميته لا مطلقا ومثله معلوم مما سبق ولذلك اهمل عن التقييد وهو قوله كالربح هو الزيادة (قوله ولا فى الاستقاء) عطف على قوله فى الاحتطاب اى ولا شركة فى الاستقاء الخ وكذا فى دابة دفعها اليه ليبيع طعاما عليها والربح بينهما نصفان فالربح لصاحب الطعام ولصاحب الدابة اجر مثلها لو الطعام للمدفوع اليه وللعامل اجر مثله لو الطعام لصاحب الدابة ايضا وكذا لو دفع دابته الى رجل ليوجرها وما رزقه الله تعالى بينهما نصفان فالاجر كله لمالك الدابة وللعاقد اجر مثل عمله وهكذا فى السفينة والبيت كما فى فتح القدير وغيره وقوله وعليه اجر المثل للآخر اى على الخلاف السابق آنفا (قوله الربح فى الشركة الفاسدة على قدر المال) ولم يتعرض المصنف الى ان اجر المثل للعامل هل يجب فى الشركة الفاسدة وصرح فى العمادية نقلا عن فتاوى الديناري ان العقد اذا صح ثم فسد المعنى يجب اجر المثل للعامل بخلاف ما لو شرى عينا بعرض مشترك لم يجب الاجر فيه واما اذا اشترى عينا بدراهم فدفع بدلها عرضا مشتركا يملك ذلك العين ويضمن حصة الشريك فى العرض وهكذا فى جامع الفصولين (قوله مطلقا بموت احدهما) اى سواء علم الشريك بموته اولا (قوله بان يرتد) وكذا بان يجن احدهما مطبقا كما فى المنح والبرجندى (قوله فيضمن) اى الثانى نصيب صاحبه علم باداء الاول اولم يعلم هذا عند ابى حنيفة واما عندهما فلا يضمن ما لم يعلم بادائه كما فى زكوة المبسوط ونص فى زيادات العتابى ان عندهما لا يضمن علم بادائه اولم يعلم وقال وهو الصحيح عندهما لانه مأمور بالتمليك من الفقير وقد اتى به كما فى الفتح والبرجندى ويحتمل ان هذا هو الصحيح فى المذهب كما فى المقدسى (قوله لان الوطئ لا يحل الا بالملك) ولا وجه لاثباته بالبيع سواء كان من شريكه او من غيره لعدم تعيين الثمن فى الاول ولعدم ملكهما تغيير مقتضى عقد الشركة فى الثانى فاثبتناه بهبة فى ضمن الاذن وان كان شايعا كما فى الفتح واورد عليه انه لو ثبت الملك حكما للاحلال لكان قوله احللت وطئ امتى هذه تمليكا لها منه واجيب بالفرق بان المشترك اقبل لتمليك الشريك لها من التى لا يملك المخاطب بالاحلال جزأ منها ولذلك ملكها احد الشريكين بالاستيلاد دون الاجنبى واما من له حق التملك كالاب والجد فالرواية غير محفوظة فى تملك الجارية بالاحلال فلا يثبت الملك حكما للهبة بالاحلال كما فى الظهيرية والمنح (قوله ثم قال احدهما للآخر اقبضها الخ) اشار به الى انه لو قبضها فاذن احدهما بالوطئ للآخر لا يحل كما فى الجلالية والتفصيل فى المنح

﴿ كتاب المزارعة ﴾

لا يخفى على احد مناسبتها بالشركة لانها من انواع

﴿ الشركة ﴾

الشركة (قوله مفاعلة من الزرع) و بابها يجرى بين اثنين كالمضاربة و قد يستعمل لواحد كالمداواة اذ الدواء من الطبيب والزارعة من هذا القبيل لان المزارع هو العامل او الزرع هو الاثبات لغة وشرعا ولايتصور من العبد فيه الا التسبيب من احدهما العمل من الآخر التمكين له باعطاء الآلات فكل منهما مزارع حقيقة باعتبار التسبب الا انه اختص العامل بهذا الاسم فى العرف كالدابة وحل العقد عليها حيث قال هى عقد اطلاقا لاسم المسبب على السبب فانه يجرى بين اثنين (قوله وهى مزارعة الارض على الثلث اوالربع) فسر فى الهداية بالمزارعة مطلقا و المصنف اراد به التبيين و خصهما بالذكر تبركا بلفظ الحديث فانه عليه السلام لما سئل عن المخابرة قال المزارعة بالثلث اوالربع وايضا يراد بمثله التمثيل لاالتقييد فيكون النصف والخمس ونحوهما مثل الممثل به من غير فرق على ان التخصيص بهما بناء على ان المعتاد فى المزارعة قبل النهى عنها كان بهذا القدر فيتبين بهذا نوع محل النزاع بينه و بينهما وانه لو لم يعين اصلا اوعين ولكن شرط مايؤدى الى قطع الشركة مثل اخراج البذر اوقفزان مسماة لاحدهما كانت فاسدة بالاجماع هذا (قوله وبه عمل الصحابة و التابعون) و الصالحون الى يومنا هذا ولاخفاء فى ان هذا اجماع منهم بعد تعارض الرواية و الاختلاف فى الصدر الاول بترجيح ماتمسكابه سندا الاجماعهم وتأويل ماروى من النص على النهى بانهم كانوا يشترطون فى المزارعة شيئا معلوما من الخارج لرب الارض وهو مفسد للعقد فلذا نهوا عنه على ان المجتهد لايحل له المخالفة فى المنصوص كما لم يحل لغير المجتهد ان يخالف المجتهد صرح به فى محله واراد بالصالحين العالمين بالمزارعة من الامة بعد التابعين الى يومنا هذا بل الى يوم الدين ولفظ والصالحون هكذا فى الشروح وذا مستقيم فلاحاجة الى زيادة الميم ويقال والمصالحون كما لايخفى والمراد بخبر الواحد حديث رافع ابن خديج وبالقياس استيجار ارض الى آخره (قوله ولهذا) اى وللحديث وعمل الامة وترك خبر الواحد و القياس بمثله قالوا و به يفتى ولانها جائزة اعتبارا بالمضاربة ولايقدح فى القياس جوازها بكون المال والعمل من احد الجانبين كما فى صورة الارض لواحد والباقى للآخر مع انه لم يجز فى المضاربة لان المقيس لم يجب ان يكون تحت المقيس عليه من كل وجوه على ان باب الدلالة مفتوح فلايقدح فيه الزيادة فى الملحق وبه يستقيم باب المزارعة ايضا لوالمضاربة على خلاف القياس تدبر (قوله وشرطها) اى شرط المزارعة يعنى شرط جوازها يجمعها قوله *ابن خصم شج* فالالف رمز لاهلية العاقدين والباء لبيان رب البذر والنون لبيان نصيب كل منهما وكذا الآخر هى تخلية الارض وصلاحيتها و بيان المدة وشركة الخارج و بيان جنس البذر (قوله اهلية العاقدين) بان يكون كل منهما حرا عاقلا بالغا اوعبدا اوصبيا مأذونين كما فى الشروح (قوله وصلاحية الارض للزراعة) بان لايكون سبخة اونزة حتى لوكانت لم تصح المزارعة كما فى المنبع وذكر فى الخانية نقلا عن الامام محمد بن الفضل انه لوكان فيها قوائم القطن ومنعت عن الزراعة فالمزارعة فاسدة الا اذا اضاف الى وقت فراغ الارض فحينئذ يجوز وان سكت عن ذلك لايجوز وذكر فى البدايع انه لوكانت صالحة للزراعة فى المدة ولكن لم يمكن زراعتها وقت العقد لعارض من انقطاع الماء اوزمان الشتاء اونحو ذلك من العوارض التى على شرف الزوال فى المدة تجوز مزارعتها كما تجوز اجارتها (قوله والثالث بيان مدة متعارفة) هذا جواب الاصل وهو المختار للفتوى كما فى الخزانة وعن محمد بن سلمة ان المزارعة يجوز من غير ذكر المدة وتقع على اول زرع وقع فقط و به اخذ الفقيه ابو الليث كما فى الخلاصة وعليه الفتوى كما فى المنصورية

والبزازية (قوله فيجب ان يكون) الفاء رابطة شرط محذوف فرع لماقبله وهو الظاهر فلا حاجة الى التبديل بالواو وكيف تصويبه كما لايخفى (قوله والرابع بيان رب البذر) اطلقه فشمل بيانه صريحا اودلالة بانه لوقال آجرتك هذه الارض بالنصف اواستأجرتك لتعمل فيها فعلى الاول البذر على العامل وعلى الثانى هو على رب الارض كما فى الخانية و الذخيرة و عن ائمة بلخ ان كان عرف ظاهر فى تلك النواحى ان البذر على من يكون لايشترط البيان كما فى البزازية اقول فحينئذ يدخل تحت البيان دلالة كما لايخفى (قوله والخامس بيان جنسه) يشير به الى انه لم يبين يفسد ولكن لبس على اطلاقه لانه لو كان البذر من قبل رب الارض يجوز وان لم يبين ولو كان من قبل العامل و لم يبين لم يجز الا اذا عمم بان قال تزرع مابدالك ثم اذا لم يبين حتى فسدت المزارعة انقلبت جائزة اذا زرعها كما فى العمادية والظهيرية ثم هذا البيان شرط قياسا لا استحسانا كما فى الخلاصة و شرط فيها و هو الاقرب الى الصواب كما فى الذخيرة (قوله والسادس بيان حظ الآخر) اى غير رب البذر وهو من لابذر من قبله وهو العامل اوصاحب الارض وقوله اى بيان من لابذر من قبله كما فى عامة الشروح وفى بعضها نصيب من لابذر وهو الصواب والضمير المنصوب فى يستحقه عائد اليه وقوله عوضا اى من عمله اوارضه كما فى التبيين واشار به الى انه او بين نصيب من كان البذر من جهته فقط تفسد المزارعة وهو القياس وفى استحسان يجوز كما فى عامة الشروح (قوله والسابع التخلية بين صاحب الارض والعامل) الصواب ترك لفظ صاحب لان التخلية لايكون بين شخصين بل هى رفع المانع بين شخص و بين ماكان من شانه مقبوضا وما قيل فى توجيهه لم يكن شيئا معتدا به هنا وقوله وهو عمل صاحب الارض سواء عمل اولم يعمل كما فى العمادية وكذا عمل عبده لوكان البذر من العامل اما لوكان البذر من صاحب الارض وشرط عمل عبده مع العامل وعين العبد شئ من الخارج صح والتفصيل فى البدايع هذا بخلاف الاستعانة فانه يجوز سواء استعان برب الارض او بعبده كما فى العمادية ومن التخلية فراغ الارض عند العقد فان كان فيها زرع قد نبت كانت معاملة وان فيها زرع قد استحصد لايجوز لانه استغنى عن العمل كما فى الخزانة والظهيرية (قوله والثامن الشركة فى الخارج) اطلقه فشمل الحب وغيره اذا كان مقصودا مع الحب كما لو عقدا ليزرع العامل القرطم فانه يشترط ان يكون القرطم والعصفر كلاهما شايعين بينهما وهكذا الرطبة و بزرها كما فى الخزانة اقول وهكذا الافيون و بزره فان بزره مقصود ايضا حيث يستخرج منه الدهن كدهن السمسم وله اعتبار عند الاهالى (قوله وانما تصح عند هما) اذا كان الارض الخ وضابطه عق حق فالعين كناية عن العمل والقاف عن البقر وكونه حقا جوازه اوكان فى جانب والباقى فى آخر كما ان ضابط الوجهين الاخيرين قوله خذ ارضنا اواعمل كالزاهد لاتتركن احكامه كما فاسد وضابط الوجه الرابع رق فالراء كناية عن الارض والقاف عن البقر فاذا اجتمعان فى جانب والباقى فى جانب آخر فصحته ضعيف وفساده قوى لان صحته مروية عن ابى يوسف وفساده ظاهر الرواية وعليه الفتوى كما فى الخانية ومن هذا لم يتعرض المصنف لصحته وذكر فى القنية انه لوكان الارض والبذر و بقر واحد من احدهما والعمل و بقر آخر من الآخر جاز ايضا وذكر فى العمادية انه لوسكتا عن ذكر البقر فهو على العامل لانه آلة العمل (قوله وانما تصح ايضا اذا كان نفقة الذرع عليهما الخ) ظاهر كلامه على ان هذه نفقته قبل مضى المدة و بعد الادراك فان كون نفقته عليهما بعد مضيها سيصرح به اقول هذا هو الموافق

لما صرحوا به من ان كل ما كان من عمل قبل الادراك كالحفظ والسقي وقلع الحشاوة وكرى الانهار وتسوية المسناة فهو على العامل وكل عمل يكون بعد تناهي الزرع الى قسمة الحب كالحصاد يكون بينهما على شرط الخارج وكل عمل يكون بعد القسمة من الحمل الى البيت ونحوه فعلى كل واحد منهما صرح به في الهداية والمنبع وتشنيف المسمع بهذا الاصل نقلا من التتمة وشروح المنظومة وغيرها هذا ثم كون اجر الحصاد ونحوه عليهما ظاهر الرواية وروى عن ابي يوسف انه اجاز شرط الحصاد والرفاع والدياس والتذرية على المزارع لتعامل الناس وهكذا المروي عن ابي حنيفة كما في الخانية وقال الفقيه ابو الليث وبه نأخذ كما في الخلاصة وقال شمس الائمة السرخسي وهو الصحيح في ديارنا كما في الكافي وعليه الفتوى كما في الحقايق فظهر ان ما اختاره المصنف هنا خلاف ما يفتى به وانما وضع الخلاف في جانب المزارع اذ لو شرط ذلك على رب الارض لا يجوز بالاتفاق لعدم العرف به كما في البرجندي وذكر في العمادية اذا قصر المزارع في سقي الارض حتى هلك الزرع في المزارعة الصحيحة يضمن وفي الفاسدة لا يضمن (قوله واستيجار البقر بجزء من الخارج مقصودا لا يصح) وجهه ما ذكر في الشروح من ان الاصل ان المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركة وانما تنعقد اجارة على منفعة الارض او على منفعة العامل ببعض الخارج لما ورد بالاول اثر ابن عمر رضي الله تعالى عنه وعليه تعامل الناس وبالثاني معاملة رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم مع اهل خيبر وعليه تعامل الناس فورد النص باستيجار كل منهما وترك القياس به واما استيجار غيرهما فلم يرد النص به فبقي على اصل القياس فلم يجز ما يكون من قبيل استيجار غير الارض والعامل ببعض الخارج كما لم يجز كون المشروط على احدهما غير تابع له لعدم المجانسة بينهما وهذا اصل يدور عليه مسائل المزارعة كما في الذخيرة والجامع الصغير لفخر الاسلام ومن هنا ينكشف تعليل المصنف وقد سبق ان فساد هذه الصورة ظاهر الرواية وقد روى عن ابي يوسف صحتها لما انه جعل منفعة البقر تابعة لمنفعة الارض كما انها تابعة لمنفعة العامل في الصورة الاولى وقوله ولا يجوز استحقاق منفعة الارض مقصودا الصواب ان يقول منفعة البقر وهو الموافق لما في الكافي مأخذ هذا الشرح ولم يظهر لي وجه في عدوله عنه لو مرادا كما لا يخفى وقوله فقط قيد للبقر ليس من جنس منفعة الارض لا لقوله احدهما فالتقرير الواضح الاخصر السالم ان يقال ومنفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض فتعذر ان يجعل نفع البقر تابعا لها فلم يجز كما لو كان البقر وحده مشروطا على احدهما (قوله او كان البذر لاحدهما الخ) وفي رواية عن ابي يوسف انه يجوز كما في المضاربة ويكون البذر بمنزلة رأس مال المضاربة وعن ابن سماعة انه يعجبني قول ابي يوسف فانه حسن كما في الملتقط وعليه بيت المنظومة * والبذر من هذا ومن ذاك البقر * والارض والفعل صحيح يعتبر * وهنا صورة اخرى لم يذكره المصنف وهي ان يكون البقر من احدهما والباقي الآخر وهي فاسدة ايضا كما في الشروح وعليه قوله في تعليل المسئلة الآتية لان كل واحد من البذر والبقر الخ فاللايق على المصنف ان يقول او كان البذر او البقر لاحدهما الخ (قوله المأذيانات) جمع مأذيان فهو اصغر من النهر واعظم من الجدول وقيل ما يجمع فيه السيل ثم يسقى منه الارض كما في المغرب والمراد هنا الثاني بقرينة عطف السواقي عليه هذا (قوله او شرطا كون نفقته على العامل الخ) وقد مر ما فيه ولو قال على رب الارض بدل قوله على العامل لافاد فائدة وقوله او شرطا كون التبن لاحدهما وكذا لو شرطا كون التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه كما في الهداية

و قوله لغير رب البذر اعم من ان يكون هو العامل او اجنبيا (قوله ولم يتعرض للتبن) وهو لرب البذر لانه نماء ملكه وقال مشايخ بلخ التبن بينهما للعرف ولانه تبع الحب فيعطى له حكمه كما في الهداية وفى شروط الحاكم التبن لصاحب الارض فى ظاهر الرواية الا اذا شرطا الشركة فيه وقال نجم الائمة المزارع بالربع لايستحق من التبن شيئا والمزارع بالثلث يستحق النصف لمكان التعارف وقال صاحب القنية قال استاذنا والمختار فى زماننا جواب نجم الائمة انه لاشئ للمزارع بالربع من التبن لمكان العرف وظاهر الرواية وهكذا فى حاويه قيد المسئلة بعدم التعرض للتبن اشار به الى انه لو شرطا التبن نصفين ولم يتعرض الحب يفسد كما فى الخلاصة (قوله يعنى ان كان الخ) هذا التصوير مستغنى عنه بالتفريع الآتى فى المتن (قوله فلو كان رب البذر صاحب الارض الخ) حكى عن الامام اسمعيل الزاهد انها لو فسدت اتفاقا بين ائمتنا او اختلافا فالوجه فيه ان يميز النصيبان على ما شرطا ويقول كل واحد منهما لصاحبه ان لى عليك حقا فى هذا العقد ولك على حقا فيه فهل صالحتنى على هذا القدر من المحصول فيقول الآخر صالحت فاذا تراضيا على ذلك جاز ويطيب لكل منهما ما اصابه كما فى التاتارخانية (قوله لايزاد على المسمى) اما حال من اجر مثله او من ضميره المقدر فى للعامل او صفة له وهذا القيد معتبر فى المعطوف ايضا وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد يجب اجر المثل بالغا ما بلغ ثم هذا الاختلاف اذا وجدت التسمية فى العقد واما اذا لم يوجد يجب اجر المثل بالغا ما بلغ بالاتفاق كما فى المنبع ثم ان كان البذر من رب الارض طاب له الخارج كله وان كان من العامل فانما يطيب له قدر بذره وقدر ما غرم من اجر مثل الارض ويتصدق بالفضل ولا اجر لعمله كما فى الكافى والمقدسى (قوله لاستيفائه منافع الارض الخ) اكتفى بهذا التعليل حوالة على الفهم فى الصورة الاولى ان للعامل اجر مثل عمله على صاحب البذر والارض لاستيفائه منافع عمله بعقد الخ وفى الهداية صرح به ايضا ولو قال المصنف لاستيفائه منافع الارض او العامل بعقد الخ كما فى الكافى لكان اولى لاشتماله على الصورتين باخصر عبارة كما لايخفى (قوله ويجبر العامل الخ) اطلقه والمراد فى العقد الصحيح واما فى الفاسد فلا يجب على المزارع شئ من اعمال المزارعة كما فى المنبع اقول هذا اذا لم يكن صاحب البذر فظاهر واما اذا كان صاحب البذر فيكون الخسران عليه ان لم يعمل كما لايخفى ثم كل عمل لابد منه لتحصيل الزرع المرغوب فيه فهو على العامل شرط اولا الا الكراب وكل عمل منه بد فى تحصيله الا انه يزيد فى جودة الزرع ان شرط يلزم والا فلا ثم الارض اومن قبيل مالايخرج الا بالكراب يجبر عليه ولو من قبيل يخرج بلا كراب لكن بالكراب اجود لايجبر الا اذا شرط فى صلب العقد فحينئذ يجبر كما فى البزازية (قوله هذا قبل القائه) اى عدم الجبر لرب البذر واقع قبل القاء البذر و بعد الالقاء يجبر ايضا قال فى الخلاصة وبعد ما القى البذر فى الارض تصير المزارعة لازمة من الجانبين انتهى وقد سبق ان العامل قد يكون صاحب البذر كما فى صورة كون الارض من احدهما فقط وفى الوجه الرابع وان كانت صحته على قول ابى يوسف (قوله كالمرض) وكذا السفر وكذا لو كان سارقا يخاف على الريع كما فى الخلاصة معزيا الى الاصل (قوله وتبطل بموت احدهما) اطلقه فشمل مالو مات قبل الزراعة اوبعدها وسواء ادرك الزرع او لم يدرك وهذا الاطلاق على جواب القياس وفى الاستحسان لاتبطل بالموت مطلقا ولذلك فرع عليه على وجه الاستحسان وقال فلو دفعها الخ فظهر من التفريع ان المزارعة تبطل بموت احدهما قبل الزرع قياسا واستحسانا ولاشئ للكراب

فى هذه الصورة ولومات رب الارض لان عمل العامل قدم بالخارج ولاخارج بخلاف مامر حيث يفتى بارضائه لغروره وامتناعه باختياره بخلاف الموت كما فى التبيين وقيد بموت صاحب الارض اذلومات المزارع فلورثته العمل الى ان يستحصد ولوارادوا قلع الزرع فللمالك الخيار فى الموافقة اوفى اعطاء قيمة نصيبهم اوفى الانفاق على الزرع الى ان يستحصد ويرجع بحصته من النفقة فى حصة المزارع كما فى المحيط وغيره (قوله فعلى المزارع) اجر مثل نصيبه من الارض ففى المزارعة بالنصف يكون عليه اجر مثل نصف الارض من وقت الانقضاء الى وقت الادراك (قوله ونفقته) اى بعد مضى المدة والزرع بقل هذا هو المراد لانه داخل تحت الفاء وانما كانت عليهما لانه عمل فى مال مشترك واستحقاق العمل على العامل انما كان فى المدة بالعقد وذا لم يبق وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل ولكن لو امتنع عن العمل لايجبر اذالعقد بطل بموت رب الارض وابقاء العقد انما هو نظرا للعامل استحسانا وستقف تفصيله وقوله كاجر السقى الخ سوى هنا العمل بين ماهو قبل الادراك وماهو بعده اذلافرق بينهما بعد مضى المدة فى ان يكونا عليهما وقوله حتى يدرك بناء على ان السوق فى بيان ان العمل قبل الادراك انما هو عليهما لمضى المدة وتعميم تفسير النفقة لتكميل الفائدة وبالجملة كلام المصنف هنا عار عن الخلل كما لايخفى (قوله وفى موت احدهما قبله ترك الخ) عطف على قوله مضت عطف جملة على جملة والجامع كون مضمون احديهما خلاف مضمون الاخرى مع اشتراكهما فى كون الزرع بقلا وقوله ولاشئ على المزارع لم يقل ولااجر من الارض على المزارع للتعميم الى ان ليس عليه نفقة الزرع ايضا وانما عليه العمل بمقتضى العقد من غير جبر وقوله استمرار العامل بالنظر الى صورة موت رب الارض وقوله اووارثه بالنظر الى موت العامل وقوله على ماكان الخ متعلق بقوله استمرار وقوله امافى الاول وهو المسئلة السابقة فلا يمكن اى الاستمرار لان المدة حيث مضت انقضت المزارعة فتعين اجر المثل وكان العمل اى عمل كان عليهما بقدر ملكهما تدبر كما لايخفى (قوله انفق احدهما على الزرع بلاامر صاحبه) اوامر قاض ولايأمره القاضى حتى يبرهن ولو خيف فساد الزرع مدة طلب البينة يقول القاضى له امرتك بالانفاق ان كنت صادقا ويجعل عليه اجر نصف الارض اذالمسئلة من تتمات مسئلة مضى المدة ولواختلفا فى النفقة فالقول للمزارع مع يمينه على العلم ولو لم تف الحصة النفقة لم يلزم عليه غيرها لان امر القاضى نظرى لاينفذ فى غيره (قوله غير مجبور على الانفاق) ودعوى احياء حق نفسه غير مسموعة لامكان الانفاق بامر القاضى (قوله وتفسخ بدين محوج الخ) لم يتعرض لا هنا ولافى فسخ الاجارة الى انه هل يحتاج فى الفسخ الى القضاء اوالرضاء كما فى الزيادات اولايشترط كما فى الجامع الصغير هذا فى فسخ الاجارة وقد سبق تصحيح مافى الزيادات ثمه وتشبيه المصنف بالاجارة يشير الى رجحان مافى الزيادات هنا تأمل واطلق الدين فشمل المعاين والمثبت بالبرهان اوالاقرار كما سبق فى الاجارة واطلق الفسخ فشمل مالو كان قبل الزرع بعد الكراب وبعد الزرع قبل النبات وبعد الزرع والنبات ففى الاول له الفسخ وهو الاصح كما فى العمادية وفى الثانى اختلاف المشايخ ولم ار فى الشروح من يرجح احد الطرفين الا ان اطلاق المتون ترجيح الفسخ والثالث ماذكره المصنف بقوله ولو نبت الخ وذا يخصصه وباقى التفصيل فى العمادية وغيره ومن فوائد هذا الكتاب انه يستحب ان يلقى البذر على طهارة ثم يصلى ركعتين ثم يقول (اللهم انا عبد ضعيف سلمت اليك هذا فسلمه لى وبارك لى فيه) ثم يصلى

على النبي عليه السلام فانه تعالى يحفظ هذا الزرع عن آفة ويبارك فيه كما قاله الزاهدى فى شرح القدورى قال القرطبي المستحب لكل من حرث شيئا ان يستعيذ بالله تعالى من الشيطان الرجيم ثم يقرأ (افرا يتم ماتحرثون ءانتم تزرعونه ام نحن الزارعون ثم يقول بل الله الزارع والمنبت والمبلغ اللهم صل على محمد وعلى آل محمد وارزقنا ثمره وجنبنا ضرره واجعلنا لانعمك من الشاكرين) ويقال ان هذا القول امان لذلك الزرع من جميع الآفات الدود والجراد وغير ذلك ثم قال سمعناه عن ثقة وجربناه فوجدناه كذلك كما فى حاشية البيضاوى للمولى المرحوم شيخ زاده فى ملحقات المولى سعد الله فى حاشيته وقال صاحب القاموس وان جلد بجلد الضبع مكيال وكيل به البذر امن الزرع من آفته انتهى يعنى من آفة الزرع كالجراد والفأرة ونحوهما وقد سمعت ان بعض الزراع كان يتخذ غربالا من جلد الضبع ويغربل به البذر ثم يزرع ليصل خاصته الى كل حبة والخواص وفى الاشياء لاتنكر فتبارك الله احسن الخالقين

﴿ كتاب المساقاة ﴾ مناسبتها بالمزارعة ظاهرة وتأخيرها عنها وان كان من حقها التقديم لكثرة قائلها بجوازها لشدة الاحتياج الى المزارعة لكثرة وقوعها فى جميع البلاد ولكثرة تفريعاتها بالنسبة الى المساقاة (قوله دفع الشجر الى مصلحه بجزء من ثمره) اراد بالشجر كل نابت يبقى فى الارض اكثر من سنة فيتناول الرطبة ونحوها كما فى البرجندى اقول ومن البقول ما لا يبقى فى الارض نصف سنة مع ان المساقاة يجرى فيه ايضا كالاسفناج والكراث ونحوهما بل الظاهر ان هذا التعريف بناء على ظاهر الاثر وقد ورد فى النخل والكرم ولافرق بين شجر مثمر وغير مثمر ولذلك اطلق والتفريع الآتى من نحو البقول بناء على تعليل الاثر ومنطوقه تكميلا للفائدة نعم ولو قال دفع الشجر ونحوه الخ لكان اولى ويكون المراد من الثمر المحصول والمقصود كما لايخفى وقوله الى مصلحه اشار به الى ان الشرط كون الشجر بحال لو لم يحفظ لذهب ثمره او لم ينبت حتى لو لم يحتج الى الحافظ لم يصح المساقاة كما فى الخانية (قوله والتخلية بين الاشجار والعامل) هذا الشرط اعنى بيان جنس الشجر وهو شرط ايضا لم يذكره لانه يعلم بالمشاهدة عند التسليم وقوله والشركة فى الخارج اشار به الى ان للشجر صلاحية لخروج الثمر وهى شرط ايضا ولذلك استثنى من الصحة مانقله عن الخانية واراد بالسنين المعلومة مدة تصير تلك الغراس فيها مثمرة كما لايخفى (قوله وتفسد ان لم يخرج) ولم يتعرض لما انه هل للعامل اجر المثل ام لا والظاهر ان له ذلك لانه حكم فساد العقد كما لايخفى (قوله لان اصول الرطبة كالغراس) نحوساعة فساعة وليس لها غاية بل هى نحو ماتركت فى الارض وجهالة المدة فى المعاملة تفسدها كما فى المنبع وقوله جاز بلا ذكر الوقت استحسانا هذا اذا كان البذر مما يرغب فيه وحده فحينئذ يصير فى معنى الثمر للشجر كما فى المنبع (قوله فلو خرج الثمر فى وقت سمى) هذا اذا كان الخارج شيئا يرغب فى مثله فى المساقاة والا يفسد العقد فيكون فى حكم العدم كما فى البزازية والتاتارخانية معزيا الى المحيط البرهانى (قوله اى وان لم يخرج فيه بل تأخر عنه) اشار به الى انه ان لم يخرج اصلا يبقى العقد صحيحا ولم يكن لواحد منهما على الآخر شئ لان موجبه شركة فى الخارج ولاخارج كما حدث الآفة على الثمر كما فى الكافى (قوله كالمزارعة) حيث تصح اذا كان الزرع بقلا ولا تصح اذا استحصد وادرك كما فى صدر الشريعة (قوله وتكون هى) اى الاشجار والارض بينهما قيد بالارض لانه لو شرطا ان يكون الشجر والثمر بينهما دون الارض صح ذكره فى الخانية وغيره (قوله وللغارس عليه قيمة غراسه) اشار بكون المغروس للعامل الى انه لو كان لرب الارض

فعليه اجر مثل عمله فقط كما في البرجندي (قوله لان صاحب الارض استأجر العامل ليعمل ارضه) الضمير في استأجر وارضه عائد الى صاحب الارض وسائر الضمائر الست عائد الى العامل والعبارة للكافي ومن ظن ان لفظ اجرة مضاف الى نصف البستان لم يصحح النسخة اذ ما في عجزه ضمير لا تاء مثناة وليس في عبارة الكافي قوله له بعد قوله وآلاته وان اتى به المصنف تأكيدا للضمير الذي في وآلاته انه عائد الى العامل اذ هو عائد الى نفسه تدبر (قوله لانه لايدخل في قيمة الغراس) يعني ان اجر مثل عمله لم يدخل في قيمة الغراس لعدم المجانسة بينهما لان منافع العامل تتقوم بالعقد والغراس متقومة بنفسها كما في العناية وغيره وحكم به شيخ الصرغتمشية ردا لما في غاية البيان ان ضمير تقومها راجع الى اجر المثل بتأويل الاجرة (قوله فللعامل القيام عليه) اشار به الى ان للعامل ان يقول انا آخذ نصف البسر لان ابقاء العقد لدفع الضرر عنه فاذا رضي بالتزام الضرر فلا منع وقد انتقض العقد بموت صاحب الارض الا انه لاهلاك الاضرار لورثة رب الارض فيثبت لهم الخيار ان شاؤا اعطوه نصف قيمة البسر فيصير كله لهم وان شاؤا انفقوا على البسر حتى يدرك ويرجعوا بنصف نفقتهم في حصة العامل من الثمر كما مر في المزارعة كما في الكافي وشرح الكافي للحاكم الشهيد وغاية البيان وغيرها وقولهم وقد انتقض العقد بموت صاحب الارض وقول المصنف تبطل اقتضى انهم لا يرجعوا عليه بجميع ما انفقوا الان البسر بقي مالا مشتركا ومن ذلك صرحوا بانهم انما يرجعون بنصف ما انفقوا فللعامل العمل بمقتضى العقد السابق وان لم يعمل فلا جبر اذ العقد بطل الا انه لم يقدر الاضرار فثبت لهم احد الخيارات وظهر انه لم يبق فرق بين صورة موت رب الارض و بين صورة مضي المدة ولذلك جمع المصنف هنا بينهما هذا فظهر انه ما اورده العلامة الزيلعي قدس سره من الاشكال هنا وفي المزارعة تبعا لما في الذخيرة والخلاصة وهو ان كان ينبغي ان يرجعوا عليه بجميع ما انفقوا لان العامل انما يستحق بالعمل وذا واجب عليه كما في صورة عدم موت صاحبه غير وارد وان هذا التصريح منهم رد لما في الذخيرة والخلاصة من انهم يرجعون عليه بجميع النفقة مقدارا بالحصة على ان الرجحان في مثله لما في المتون والشروح لا في الفتاوى تدبر (قوله وقد كان له) اى للعامل في حيوته هذا الخيار بعد موت صاحب الارض اشار اليه فيما سبق بقوله فللعامل حيث اتى باللام دون على و اراد بقوله قيامهم مقامه خلافتهم له في حق ما هو ترك الثمار على الاشجار الى الادراك لا وراثة الخيار اذ هو لا يورث قيد به لانهم لو ابوا عن القيام فالخيار لورثة رب الارض على ما سبق واشار به ايضا الى ان هذا بعد حدوث الثمار حتى لو مات قبل حدوثها لم يكن لهم شئ كما في العمادية (قوله و يكون بينهما على السواء) اى على ما شرطا ولا اجر على العامل لان الشجر لا يستأجر ولا يوجر بخلاف المزارعة لان الارض جاز ان توجر وكذلك العمل كله على العامل هنا وان ابى عن العمل خير الآخر بين الخيارات الثلاثة كما في الشروح فظهر ان اجر المثل لم يتصور للعامل على ان البطلان غير الفساد وان الانقضاء ليس بفساد لانهم لم يعدوا من انواع الفساد وهي شرط كون الخارج كله لاحدهما وشرط بعض معلوم منه له وشرط العمل على صاحب الشجر وشرط غرس الاشجار ونحو ذلك مما لا يقتضيه العقد (قوله ومنه كون العامل عاجزا عن العمل) لطلق العجز فشمل المرض اذا كان يضعفه عن العمل والسفر لانه يحتاج اليه وترك الحرفة الى حرفة اخرى لان من الحرف ما لا يغني من الجوع فيحتاج الى الانتقال الى غيره كما في البدائع

كتاب الدعوى

(قوله وجمعها دعاوى) بفتح الواو

وجعل صاحب المصباح المنير كسر الواو اصلا والفتح لعارض وهو محافظة الف التأنيث وقال بعضهم قال الفتح اولى وعكس بعض ومنهم من سوى بينهما وعلى الكسر كلام سيبويه وعلى الفتح كلام ابن السكيت كما فى تكملة الديرى (قوله مطالبة حق) اطلق المطالبة فشمل المطالبة اصلا ونيابة فيشمل مطالبة الوكيل والوصي ايضا واطلق الحق فشمل العين والدين حقيقة اوحكما فيندرج فى الدين الايفاء والابراء لان الاول دعوى دين اذ الديون تقتضي بامثالها والثانى فى تمليك الدين معنى كما فى المقدسي مع بعض تصرف (قوله فى حده) اى حد المدعى اراد به حدا يفرق بين المدعى والمدعى عليه اذ يعرف المدعى عليه من هو من معرفة المدعى ولذلك قال والمدعى عليه بخلافه فان بينهما تقابلا ولم يذكر المدعى عليه فى تعريف المدعى حتى يلزم الدور وما اورده المصنف من التعريف حسن كما فى المنبع وقوله اى يجبر على الخصومة يعنى الجواب (قوله واهلها اى الدعوى) اطلقه فشمل المدعى والمدعى عليه وعليه مانقله من الاستروشني (قوله الصبي الغير المميز) الغير بمعنى المغاير صفة للصبي واحتاج الى التعريف باللام لانه لم يعرف بالاضافة ولو معنى لتوغله فى الابهام والآن مضافة باضافة لفظية فيكون من قبيل الحسن الوجه (قوله وشرط جوازها مجلس القاضى) اذ لاتسمع هى والشهادة الابين يدى القاضى والمدعى اذا طلب من القاضى احضار خصمه احضره بمجرد الدعوى اذا كان فى المصر اوقريبا بحيث لواجاب يبيت بمنزله وفى الابعد لواقام البرهان ولو بشهادة المستور اوحلف بان له حقا عليه احضره والا فلا كما فى المنية هذا اذا كان القاضى فى المصر واحدا اما اذا تعدد وكل منهما يريد ان يذهب الى قاض فالعبرة لقاض المدعى عليه عند محمد وعليه الفتوى وكذا لوتنازع الجندى والبلدى فى قضية واراد كل ان يحكم قاضيه فالعبرة لقاض المدعى عليه ولا يلى القاض الجندى الحكم على البلدى وسوق العسكر عسكرى كما فى البزازية وقال بعض المتأخرين ولايحتاج الى هذا الآن لان القضاة يفوض لهم الحكم على العموم فى كل من هو فى بلدهم اوقريتهم التى تولوا القضاء بها وان لم يكن من اهل هذه القضاء انتهى والمولى المرحوم استاذى شيخ الاسلام اسعد بن المولى سعد الدين افتى بان لنائب لواحضر المدعى عليه وحكم عليه وهو يريد المرافعة بالقاضى الاصيل وهو حاضر فى القضاء لاينفذ حكمه وفى العكس ينفذ حكم الاصيل (قوله وانما تصح اذا الزمت شيئا على الخصم) اطلقه فشمل دفع التعرض لان الفتوى على ان دعوى دفع التعرض صحيحة كما فى الخلاصة والبزازية يمنع القاضى المدعى عن التعرض للمدعى عليه مادام لم يكن برهان للمدعى كما فى المقدسي قلت ولولم يكن طلب التحليف كما لايخفى وقيد به لانها لولم تلزم شيئا عليه لم تصح كمن ادعى على غيره انه وكيله كما فى الكافى (قوله وبين ذلك بقوله فلوكان) والظاهر ان يقول وفرع على ذلك قوله فلوكان الخ لان ماذكره يتعلق بالدعوى بعد صحتها هذا مقتضى كلام الكافى وهو مأخذ متن المصنف هنا ولك ان تقول ان المصنف جعل الفاء تفسيرية بناء على ان المدعى مالم يذكر ان المدعى هو مافى يد فلان ومالم يحضر ولم يشر اليه اولم يذكر قيمته اوحدوده اوجنسه وقدره لم يصر معلوما يتعلق به تمام الدعوى وعليه قوله الآتى واذا صحت الخ فيكون هذا دقة من المصنف فى تحقيق المقام (قوله قال صدر الشريعة) هذه العلة تشمل العقار ايضا الخ قدنشأ من كلام صدر الشريعة هنا كلمات للفضلاء المتأخرين وعدكل منهم ما طولوا تحقيقا و مالخصوا تدقيقا وقد وقع بينهم تدافع فزبلوا كلامهم بالحمد لله على كونهم مهتدين لمانحوا اقول ومن الله التوفيق و بيده ازمة التحقيق والتدقيق

﴿ انه ﴾

انه لاخفاء فى انه لااختصاص لقوله بغير حق بالمنقول لانعقاده دفع احتمال كون المدعى مرهونا اومحبوسا بالثمن فى يده ففى المنقول كما احتاج الى هذا الدفع احتاج فى العقار ايضا ومن ذلك ان المشايخ صرحوا فى هذا الدفع بانه وجب ان يقول فى المنقول بغير حق وان يذكر فى العقار انه يطالبه لان ظاهر حال الطالب ان لايطالبه الا اذا كان له الطلب وذا لايكون اذا كان فى يد غيره بحق فطالبته بالعقار تضمن قوله بغير حق ولذلك دفعت هذا الاحتمال كما صرح به فى الهداية وقد قال ظهير الدين المرغينانى انه لابد فى دعوى العقار من معرفة القاضى كونه فى يد المدعى عليه فيذكر المدعى انه فى يده اليوم بغير حق كما فى العمادية وايضا لااختصاص فى المطالبة بالعقار الا ان وجوبها لما كان بعد احضار المنقول وتضمنها طلب الاحضار فى الجملة لم يحتاجوا الى التصريح بها ولله درهم فى التحقيق والتدقيق اذا عرفت هذا ظهر ان اشكال صدر الشريعة ساقط عن اصل وانه لافرق بينهما فى الاحتياج الى هذا الدفع نعم وجد الفرق بينهما وهو ان المنقول لما غلب فيه الاعارة والرهن بل البيع وجرى الغصب عليه بالاتفاق دون العقار اوجبوا فى المنقول والتصريح بانه فى يده بغير حق واكتفوا فى العقار بتضمن كلامه هذا المعنى وايضا ماذكره المصنف هنا يصلح ان يكون علة ايضا للزوم التصريح فى المنقول بغير حق وللاكتفاء بتضمن كلامه ذلك فى العقار هذا خير الكلام ماقل ودل ولاتعجب من تبديل كلمات جم غفير فانه ثمرة الانتباه ولامبدل لكلمات الله ولايشاركها فيه كلمات من سواه يورثه من يشاء الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا ان هدانا الله هو حسبى ونعم الوكيل (قوله ان امكن) اراد به الامكان العادى لاالعقلى فيلزم عليه احضار مالاحمل ولامؤنة له امالوكانت له وان قلت فلايلزم احضاره عليه كما فى الخزانة والفارق ان ما حمل بيد واحدة الى مجلس القاضى اويؤتى اليه مجانا وجب احضاره والا فلا وسيجئ باقى التفصيل من العمادية وقيل فى كلام المتون مساهلة لان فى دعوى عين وديعة لايكلف احضارها وانما يكلف التخلية اقول سوق الكلام على ان المدعى الواجب احضاره مايكون فى يد الخصم بغير حق والوديعة ليست كذلك فلايشملها صدر الكلام حتى يحتاج الى تدارك اخراجها هنا كما لايخفى (قوله ان تعذر) اى احضاره بهلاك المدعى اوغيبته اوبان يكون ممتنع الوصول اليه بسبب من الاسباب وقيدنا التعذر هنا بما ترى لانه لو كان لماله حمل ومؤنة يذهب القاضى اليه او يبعث امينا كما فى الشروح (قوله ذكر فى عامة الكتب) انه تسمع وعامة المشايخ على ان هذه الدعوى والبينة تقبل ولكن فى حق الحبس لاالحكم ومعناه انه يحبسه حتى يحضره ليعيد البينة على عينه فلوقال لااقدر عليه حبس قدر مالوقدر احضره ثم يقضى عليه بقيمته كما فى جامع الفصولين وقدر الحبس شهرين كما فى الخانية والحاصل ان فى دعوى الغصب والرهن لم يشترط بيان الجنس والقيمة فى صحة الدعوى والشهادة وكان القول فى القيمة للغاصب والمرتهن كما فى البحر الرائق اقول مع اليمين كما هو الظاهر فظهر ان بيان المصنف لم يكن كافيا ايضا وقد يراد ضبط رؤس المسائل ومعظم مايهم فيها فلايفصل سيما فى المتون ونحوه ومثله لايعد ناقصا ولكل وجهة (قوله ذكر حدوده الاربعة) ذكر فى الخلاصة الدعوى تصح اذا بين المصر والمحلة والموضع والحدود وقيل ذكر المحلة والسوق والسكة ليس بلازم وذكر المصر او القرية لازم انتهى وفى تكملة الديرى وقيل ذكر المصر والقرية والمحلة ليس بلازم انتهى اقول قد ظهر ان ذكر الحدود لابد منه ولاخلاف فيه لاحد والمصنف قد اكتفى به بناء على اختلاف فى غيره او لاستلزام ذكر

الحدود ذكر المصر اوالقرية والمحلة لان التحديد يبتنى عليهما عادة وهوالاظهر لدى الفقير هذا فظهر ان ماقاله بعض الفضلاء ان وجوب ذكر البلدة والموضع الذى هوفيه يعلم بطريق الدلالة مبنى على دلالته بحسب العادة لاعلى طريق دلالة النص المصطلح ولذلك امر بالفهم حيث قال فافهم لان شرطه كون المسكوت اولى اومساويا وهنا ليس كذلك (قوله وكفى الثلثة) وذكر فى الذخيرة وفى الارض المثلثة اذاذكر واحد من الحدود يصح الدعوى والشهادة وذكر فى المبسوط وعن ابى يوسف انه اذا ذكر واحد حدى الطول وواحد حدى العرض يجوز للقاضى ان يكتفى به و قال الامام السرخسى هذا ليس بصحيح اذ بذكر الحدين لايصير المقدار المشهود به معلوما اقول يمكن التصحيح بماذكر فى الذخيرة كما لايخفى وذكر فى البزازية انه لو ادعى دارا وقال لا اعرف اسماء اصحاب الحدود ثم ادعى وذكر اسماءهم يقبل بلا توفيق وهكذا الحكم فى شهادة الشهود التفصيل وفى المنبع نقلا من المحيط وكذا الشهادة اى كما يشترط التحديد الخ وكما يكتفى بذكر الثلثة فى الدعوى يكتفى بذكرها فى الشهادة وكما يرد الدعوى بغلط المدعى فى احد الحدود يرد الشهادة بغلط الشاهد فى احد الحدود ثم الغلط انما يثبت باقرار المدعى انه غلط الشاهد او باقرار الشاهد انه غلطت فيه لاباد عاء المدعى عليه حتى لواثبت الغلط لايقبل لان صاحب الحد ليس بمدعى عليه كما فى المقدسى وغيره (قوله وان كان الرجل مشهورا) لاخفاء فى ان هنا ساقطا من المتن مثل قولنا وذكر اسماء اصحابها اى الحدود ونسبهم الى الجد كما وقع هكذا فى سائر المتون وهذا شرح ماسقط يعنى انه لوكان الرجل من اصحاب الحدود مشهورا كابن ابى ليلى مثلا يكتفى بذكره ولايكتفى فى الدار بذكرها وان كانت مشهورة بل لابد من التحديد لانها من مايزاد وينقص فلا يرتفع الجهالة عن مقدارها هذا عند ابى حنيفة وعندهما اذا كانت مشهورة لايشترط التحديد فضلا ان يشترط ذكر اسماء اصحاب الحدود ونسبهم عن الجد كما فى الشروح فظهر انه لولم يكن ساقط من المتن هنا فكلام المصنف هذا ايجاز مخل كما لايخفى (قوله وذكر ايضا انه يطالبه) حقه ان يؤخر عن قوله وانه فى يد المدعى عليه لما سبق من ان المطالبة يستلزم او يشعر ان المدعى فى يد المدعى عليه وفى مثله الانسب ذكر الاعم بعد الاخص الا انه اخر الاخص هنا لكونه مربلا بقوله وهو لايثبت الخ (قوله وهو لايثبت بتصادقهما) اطلقه ولكنه مقيد بانه فيما اذا ادعاه ملكا مطلقا اما اذا ادعاه بسبب كالشراء والغصب بانه اشتراه من ذى اليد اوغصب هومنه واقرذواليد بانه فى يده وانكر الشراء اوالغصب فلاحاجة الى اقامة البينة انه فى يده بغير حق كما فى العمادية وغيره وذكر فى دعوى البزازية وغيره ان صحة دعوى الملك المطلق فى العقار فى بلاد لم يقدم بناؤها اما فى بلد قدم بناؤه فلا تسمع فيه دعوى الملك المطلق انتهى خلاصة كلامه و قيد بالدعوى لان الشاهد اذا شهد انه ملكه ولم يقل فى يده بغير حق اختلفوا فيه والصحيح الذى عليه الفتوى انه يقبل فى حق القضاء بالملك لافى حق المطالبة بالتسليم حتى لوسأل القاضى الشاهد اهو فى يد المدعى عليه بغير حق فقال لاادرى يقبل على الملك نص عليه فى المحيط كما فى شهادة البزازية فظهر ان المدعى لو ادعى انه فى يد المدعى عليه بغير حق وطالبه وشهد شاهداه انه ملك المدعى وانه فى يد المدعى عليه عن معاينة يقضى القاضى بالملك والتسليم اذ لافرق فى ذلك بين ان يثبت كلا الحكمين بشهادة فريق واحد او فريقين كما فى غاية البيان مفصلا (قوله لاحتمال كون العقار فى يد غيرهما) وقد تواضعا على ذلك اعترض عليه صدر الشريعة بان تهمة المواضعة ثابتة

مع اقامة البينة ايضا فان الدار مثلا اذا كانت امانة في يد المدعى عليه فتواضعا على ان لا يقر بالامانة فيقيم البينة على اليد ثم على انها ملكه فيقضي عليه واجيب بان تهمة المواضعة في صورة الاقرار ظاهرة وقريبة بل اكثر وفي صورة اقامة البينة خفية و بعيدة بل نادرة و ابعد لان مبنى ذلك على مواضعة الخصمين و شاهدي زور و ارتكاب ضرر فان المدعى عليه اذا حكم عليه واخرجت من يده يتضرر تدبر (قوله بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهد) اعترض عليه بان هذا التعليل لا يشمل مالا يمكن حضوره الى مجلس الحكم كصبرة بر ورحى كبيرة ونحو ذلك فينبغي ان يلحق بالعقار لمشابهتها له اقول هذا الاعتراض في غاية السقوط لماسبق وسيجيء ان ماتعذر نقله من المنقول بحضرة القاضي عنده او يبعث امينا اونائبه فيسمع الدعوى و يقضي ثم يمضي القاضي ففي صورة الحضور مشاهد ايضا وفي صورة البعث القاضي هو النائب والمرسل كالمشاهد ولذلك امضى قضاءه بخلاف العقار فان كونه في يد المدعى عليه قد لا يشاهده القاضي وان حضر عنده ولذلك صرحوا بان ثبوت يده عليه اما بالبينة او بعلم القاضي باي طريق كان (قوله كانت واقعة الفتوى) يعني وقع الاستفتاء عن هذه المسئلة والافتاء بانها تقبل وهذا اصطلاح منهم اشار بقوله وينبغي ان هذا الافتاء عن دراية لا عن رواية وقوله ثم بعد ذلك يمضي قضاءه عطف على قوله يبعث وثم مستعار من الواو بقرينة دخول على بعد وفائدته اشارة الى ان امضاءه في رتبة مقبولة كقضاء نائبه فيظهر ان تنفيذ الاصيل حكم النائب امر مستحسن كما لا يخفى (قوله ذكر جنسه وقدره) اطلق الجنس ولكنه محمول على ما اذا لم يختلف هذا الجنس اما اذا اختلف فحينئذ لابد ان يذكر انه جيد اووسط اوردي وعلى ماهو اروج فيما اذا اختلف كما وجد في البلد نقود ولكن احدها اروج وذا يتعين عند الدعوى باطلاقه كما في النهاية وغيره (قوله لما مر انه حقه) ذكر ضمير المطالبة لكونها في معنى الطلب او لعدم اعتبار تاء المصدر (قوله سأل القاضي) ظاهره وان لم يطلب المدعى بان يقول سل عن دعواي اهي حق ام لا وهو الاصح كما في المبسوط واذا لم يقدر المدعى على الدعوى والخصومة اولم يحسنها فللقاضي ان يأمر رجلا يعلم المدعى الدعوى كما في شهادات الخزانة (قوله بخلاف البينة على دعواه) فانها خبر محتمل للصدق والكذب بالقضاء تصير حجة و يسقط احتمال الكذب كما في الدراية فظهر ان قوله لان الاصل الخ تعليل ليس في محزه بل هو دليل عقلي في تقديم البينة على التحليف وعليه عبارة الكافي ومثله من طغيان القلم في التلخيص كما لا يخفى (قوله وان انكر سأل المدعى بينة) ظاهره ان البينة انما تقام على منكر بناء على ان ذلك هو الاصل وقد تقام على مقر في كل محل يتوقع الضرر من غير المقر لولاها كالاستحقاق تقبل البينة فيه مع اقرار المستحق عليه ليتمكن الرجوع على بايعه كما في جامع الفصولين في فصل الاستحقاق و باقي المسائل الست في البحر والمقدسي والاشباه (قوله فان اقام قضى عليه) ظاهره على ان القاضي لا يجوز له تأخير الحكم بعد تمام البينة ولكن استمهل المدعى عليه لدفعها بمهلة الى ثلثة ايام فان مضت المدة ولم يأت بالدفع حكم كما في البزازية وفي تصدير الكلام بالفاء اشارة الى ان اقامتها تعتبر بعد الانكار والاستشهاد ومن المدعى حتى لوشهدوا بعد الدعوى والانكار بدون طلب المدعى الشهادة لا تسمع عند الطحاوي وعند غيره تسمع كما في العمادية (قوله حلفه) يعني فيما يحتمل الاستحلاف كما في المنبع وقيد بطلبه حتى لو حلف القاضي بغير طلبه ثم طلب المدعى التحليف فله ان يحلفه ثانيا كما في العمادية وقيد بتحليف القاضي حتى لو حلف بطلب المدعى

يمينه بين يدي القاضي بلا تحليفه لم يعتبر لان التحليف حق القاضي كما في القنية و يتفرع عليه
ان المدعى لو ابرأ المدعى عليه بعد الاستحلاف عن التحليف لم يصح لكونه حق القاضي
كما في البزازية هذا في تحليف المدعى عليه اما تحليف المدعى فيكون بلا طلب كمن ادعى دينا
على ميت يحلفه القاضي بلا طلب الوصي اوالوارث على انه لم يستوفه كلا او بعضا بالذات
او بالواسطة اولم يبرأه منه ولم يكن عندك به رهن او بشئ منه كما في البزازية وعند ابي يوسف
يستحلف المدعى ايضا في مواضع بلا طلب منها المشتري مارضى بالعيب والشفيع ماابطلت
شفعتك وطالب نفسه نفقة على الغائب ماخلف لك شيئا النفقتك والمستحق ما اخرجته عن ملكك
كما في الخلاصة وغيره ولو ادعى دعاوى متفرقة لايحلفه القاضي على كل شئ منها بل يجمعها
و يحلفه يمينا واحدة على كلها كما في التتمة وغيرها (قوله اتواء حقه) مصدر مضاف الى مفعوله
والضمير البارز في حقه وزعمه ومكنة والمستكن في يزعم راجع الى المدعى واتواء نفسه مضاف
الى مفعوله ايضا وضمير نفسه عائد الى المنكر وقوله وهو اعظم من اتواء المال اي اتواء النفس
وقالوا اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع اي خالية عن اهلها وقوله يحصل للحالف الثواب
ولايتضرر بوجه من الوجوه كما في المنبع واطلق الحالف فيشمل المسلم والكافر ولو مشركا
اذ لاينكر احد منهم الصانع فيعظمون اسم الله تعالى و يعتقدون حرمته الا الدهرية والزنادقة
و اهل الاباحة و هؤلاء اقوام لم يتجاسروا على اظهار نحلهم في عصر من الاعصار الى
يومنا هذا ونرجو من فضل الله تعالى على امة حبيبه ان لايقدرهم على اظهار ما انتحلوه الى
انقضاء الدنيا كما في البدايع (قوله ولاعبرة لليمين عند غيره) بل لاعبرة لها عنده بلا تحليفه كما سبق
(قوله فالمدعى على دعواه) وان قال قبل الحلف احلف وانت برئ من هذا الحق لانه يحتمل
البراءة عن الدعوى للحال فيه اوعن الحق فلايجعل ابراء عن الحق بالشك كما في البدايع وغيره
(قوله فيه اختلاف) اي اختلاف المشايخ قال الخصاف لايشترط حتى لواستمهل بعد العرض
ثلثا يوما او يومين اوثلثة فلابأس به وبه قالت الائمة الثلثة كما في المجتبى فاذا مضت يحلف
ولا اعتبار لنكوله قبل الاستمهال كما في الخانية (قوله لان عمر رضي الله عنه) ولان البينة اصل
في الحجة و اليمين كالخلف عنها فينتهي حكم الخلف عند وجود الاصل فكانه لم يوجد اصلا
كما في الشروح (قوله ذكره الزيلعي) وفيه ايضا انه لايحنث لوكان حلفه بالطلاق ونحوه وقيل
عند ابي يوسف يظهر كذبه وعند محمد لايظهر انتهى وفي الخانية وفي رواية عن محمد يظهر
ايضا والفتوى على ان يحنث وهكذا في الولوالجية وذكر في المنبع والفتوى في مسئلة الدين انه
لوادعاه بلاسبب فحلف ثم برهن ظهر كذبه وان ادعاه بسبب فحلف انه لادين عليه ثم برهن على
السبب لايظهر كذبه لجواز انه وجد القرض مثلا ثم وجد الابراء اوالايفاء انتهى وهكذا في جامع
الفصولين فظهر انما اختاره المصنف من الصواب تبعا للزيلعي خلاف مايفتى به سيما وقع
في امر الدين تدبر (قوله فانه نكول حكما) اي السكوت من غير آفة نكول حكمي وهو قول
ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف السكوت ليس بانكار فيحبس الى ان يجيب صرح به
السرخسي وقولهما هوالاشبه كما في البدايع وهوالصحيح كما في المنبع وصرح في روضة الفقهاء
ان السكوت ليس بانكار بلاخلاف وفي القنية والبزازية الفتوى على قول ابي يوسف وكانت
واقعة الفتوى مرارا فكان يفتي صاحب البحر الرائق على قوله فظهر انه قد اختلف التصحيح
في الترجيح ولكن الارجح قول ابي يوسف لمايقال فيه وعليه الفتوى وقدمر غير مرة (قوله

وقضى صح) اشار به الى ان المسئلة مختلف فيها اما الاختلاف فى السكوت فلما مر آنفا واما فى النكول مرة فقد قال بعض المشايخ ان القاضى لوقضى بالنكول مرة لاينفذ وهو غير ظاهر الرواية والصحيح انه ينفذ وهو ظاهر الرواية على ان فى القضاء بالنكول خلاف الشافعى حيث لايقضى به عنده لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلاينتصب النكول حجة مع هذا الاحتمال كما فى الهداية وغيره وماذكره المصنف دليلنا وقوله باذل اى عند ابى حنيفة اومقر اى عندهما (قوله فترجح هذا الجانب) اى جانب كون الناكل باذلا اومقرا على جانب التورع خصه بالذكر تبعا لصاحب النهاية وصاحب الكافى مع ان هذا الجانب قد ترجح على جانب الترفع عن اليمين وجانب الاشتباه ايضا كما صرح به فى بعض الشروح لان الشرع لما الزمه التورع فقط وترجح البذل اوالاقرار على التورع استلزم ترجحه على مالم يلزمه بالطريق الاولى ولذلك لم يذكرهما ولان الترفع فى غاية الندرة فان ظاهر حال الانسان ان لايرضى بفوات حقه حذار مباشرة امر مشروع ومثل هذا الاحتمال ساقط الاعتبار كما فى المنبع وكذا اشتباه الحال لان حمل النكول عليه ساقط ايضا اذ لوكان كذلك لاستمهل من القاضى لينكشف الحال كما فى غاية البيان فظهر ان كلام المصنف هنا عار عن القصور فمن ظن ان المصنف يذكر احد الاحتمالات قصر جدا ومن قال الصواب ان يقال على جانب الترفع بدل التورع ومن ظن انه قصور من الناسخ والظاهر الترفع اظهروا قصور تتبعهم اوفهمهم ولذلك لم يظهر لهم حقيقة الحال (قوله حبسه حتى يقر او ينكر) هذا عند ابى حنيفة وقالا يستحلفه كما فى المجمع وجه قولهما ان كلاميه تعارضا وتساقطا فكانه لم يتكلم بشئ فكان ساكتا والسكوت بلا آفة نكول فيستحلفه القاضى و يقضى بالنكول كما فى المنبع وفى البدايع هو الاشبه (قوله لاتحليف فى نكاح) قيد بنكاح لان الدعوى لو وقعت على اقرار بنكاح يستحلف بالاتفاق كما فى القنية وذكر فى البزازية بعد ذكر المسائل التى فى الحلف فيها خلاف وهذا اذا لم يقصد به المال اما اذا قصد فيستحلف بالاجماع كامرأة ادعت انه تزوجها وطلقها قبل الدخول وعليه نصف المهر لها يحلف فان نكل قضى بنصف المهر اجماعا الى آخر ماذكره المصنف ايضا فيما بعد وسئل الشيخ عبد الواحد الشيبانى عن مرأة تعلم نكاحها ولابينة لها والزوج ينكر هل تبقى معلقة ابد الدهر قال يستحلفه القاضى بان هذه ان كانت امرأة لك فهى طالق فيقع الطلاق باليمين فتحل للازواج كما فى المنبع (قوله ولايتأتى من الجانب الاخر) وهو المولى اذ بادعاء المولى تصير ام ولد ولايعتبر انكارها قال البرجندى ويمكن تصوير العكس فيه ايضا بان حبلت من المولى فاعتقها قبل وضع الحمل وبعد قرب الولادة فقتلت الولد وادعى المولى دية الولد عليها ولابد من ثبوت الولد فانكرت الامة ذلك انتهى وفيه تأمل (قوله اوولاء) يعنى من له ولاية العتاقة فبا طلاقه يشمل مولاه الاسفل والاعلى فيريد به ان دعواه اما بهذا اللفظ او بذاك فالاول اخص والثانى اعم وقوله اوادعى المعروف ذلك اى كونه معتقة اوموالاه عليه اى على رجل يريد به عقله على نفسه والضمير المجرور فى عليه عبارة عن فاعل ادعى الاول وقوله اوكان ذلك الخ يريد به ان الولاء باطلاقه يشمل ولاء الموالاة ايضا فعبارة المصنف على تصوير الدعوى من طرف مع تصوير العكس ومثله ينبغى ان يرجح على الاجمال الاخصر كما لايخفى (قوله بان علق الخ) وكذا لوعلق عتق عبده بسرقته شيئا وقذفه احدا وشربه خمرا وسكره لمسكر وكل منها

لايثبت بالنكول عند دعوى العبد باتيان المحاوف عليه ولكن العتق يثبت كما في تكملة الديرى وغيره (قوله وقال ان زنيت الخ) بيان للتعليق والتضمن والتاء ضمير المتكلم وقوله يستحلف وفى رواية لايستحلف اختارها الجصاص والسرخسي وقال شمس الائمة الحلوانى والصحيح انه يستحلف والديرى شيدار كان هذا التصحيح فى تكملته وهل يصير العبد قاذفا مولاه بهذا الكلام ذكر الخصاف فى ادب القاضى انه لو ادعى انه قد زنى يصير قاذفا ولو ادعى انه قداتى الذى حلف عليه لايصير قاذفا ثم اذا حلف المولى هنا كما هو المختار يحلف على السبب بالله مازنيت بعد ما حلفت بعتق عبدك هذا كما فى الخانية اقول قدظهر ان العبد اذا ادعى ان مولاه قدزنى وحلف المولى بانه لم يزن صار العبد قاذفا فيحد حد القذف امالونكل فهل يسقط حد القذف منه بشبهة النكول كما هو الظاهر ولم اعثر على نقل تدبر (قوله على انه باذل) وتفسيره عنده ترك المنازعة والاعراض عنها وليس بمفسر بالهبة والتمليك ولذلك يجرى فى النصف الشايع مما يحتمل القسمة كما فى الفوائد الظهيرية (قوله وانا ان النكول الخ) ولم يتعرض لدفع ما تمسكاه به وهو ان النكول قد اعتبر من العبد المأذون والمكاتب وان كان بذلا لانه بذل لضرورة دفع مضرة الخصومة لاتبرع فلا يجد ان منه بدا فيملكان كالضيافة اليسيرة واعترض بان هذا التعليل مخالف للحديث المشهور السابق واجيب بانه عام خص منه الحدود واللعان فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس كما فى الكافى (قوله واجيب ايضا بان اباحنيفة رحمه الله لم ينف وجوب اليمين فيها) ولكن لما لم تفد فائدتها وهى القضاء بالنكول لكونه بذلا لا يجرى فيها سقطت سقوط الوجوب عن معذور لايتحقق منه اداء الصلوة لفوات المقصود كما فى العناية ورجح هذا الجواب على الاول لان مخصص العام لابد ان يكون الاجماع كما نص عليه العلامة الكاكى والمخصص يجب ان يكون مقارنا والاجماع ليس كذلك كما فى الحاشية السعدية اقول وهو المعين ان سند الاجماع قوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات ومن الضابط اذا لم يعلم المقارنة وعدمها يحمل على المقارنة فنظهر ان الاجماع يقارنه باعتبار سنده فيتم المطلوب ولك ان تقول ان عدم تعرض صاحب الكافى للمخصص بناء على انه هو السند من غير حاجة الى الاجماع فظهر ان من حمل الاجماع الواقع فى عبارة الكاكى على اتفاق الائمة وايده بوقوع الجواب فى الكافى من غير ذكر قيد الاجماع لم يقرب من المحل ونظر اليه من بعيد (قوله وكذا سائر الامثلة) فانه لو قال لست بابن فلان ولا مولى له بل انا حر الاصل ولكن هذا يوذينى بالدعوى فابحث له ان يدعينى الى اخر ما صوروا فى الشروح واقتصر المصنف على عدم الاستحلاف فى المسائل التسع سبع مختلف فيها وثنتان متفق عليهما وفى الخانية لا استحلاف فى احدى وثلثين مسئلة بعضها مختلف فيه وبعضها متفق عليه وزاد صاحب البحر خمس مسائل فليطلب الكل منه (قوله قال قاضيخان الفتوى على قولهما) ظاهر هذا على الاطلاق فى المسائل السبع وعليه تصريحه فى الجامع الصغير نقله صاحب الكافى وقبله وهكذا اختار فخر الاسلام على البزدوى قولهما للفتوى فيها نقله الزيلعى وقبله والولوالجى رجح قولهما وقال واختاره الفقيه ابو الليث والامام الاوزجندى قاضيخان لما شرع فى فتاواه سرد مسائل احدى وثلثين وعند بيان مسئلة النكاح قال الفتوى على قولهما فيه لعموم البلوى والظاهر ان ضمير فيه راجع الى النكاح وذا لاينفى كون الفتوى على قولهما فيما عداه وعليه كلامه فى جامعه ويؤيده ماقاله ابو الليث الفتوى على قولهما لعموم البلوى كما فى التشنيف

فظهر

فظهر ان اقتصار صدر الشريعة وتبعه صاحب الايضاح على مافى فتاواه لبس كما ينبغى كما لايخفى (قوله وقيل ينبغى للقاضى الخ) هذا اختيار المتأخرين من مشايخنا كما فى تبيين الزيلعى (قوله اذا ادعت طلاقا قبل الدخول) قيد به اعلاما ان دعوى المال لاتتفاوت بين ان يكون الدعوى فى كل المهر او نصفه كذا فى النهاية ومعراج الدراية واعترض عليه بان الاطلاق يغنى عن ذلك ولبس فيه توهم التقييد بذلك واجيب بانه لو اطلق لربما ذهب الوهم الى الطلاق بعد الدخول لغلبته فقيد به ليعلم حكمه بطريق الاولوية فانه اذا استحلف قبل تأكد المهر فبعده اولى يؤيد هذا الجواب ماأتى به من الدليل على وجه يقتضى اطلاق المسئلة عن قيد القبل اقول نعم لو اطلق الطلاق وصرح فيما بعد بانه ضمن نصف المهر اوكله كما فعل صدر الشريعة فى نقايته مختصر الوقاية لكان اوجه واعرى عن التوهم كما لايخفى وقيد المهر فى المسئلة لبس للاحتراز ايضا اذ دعوى نفقة فى العدة اوفى النكاح كذلك كما فى الخانية (قوله لانه اى ادعاءها الطلاق دعوى المال الخ) وقوله النكاح الذى يبتنى عليه الطلاق هذا هو المراد لان دعوى الطلاق لايتصور بدون النكاح فتصوير المسئلة على انه انكرهما الا الطلاق فقط حتى لولم يعتبر فى التصوير يكون المسئلة اجنبية فى المحل ومن ذلك لم يفرد بذكر الاستحلاف فى النكاح اذا ادعى المهر كما فى الهداية وغيره لاغناء هذا عنه تدبر (قوله وكذا النسب اذا ادعى حقا) واعلم ان طلب المال محتمل فى الرجعة والايلاء والولاء والرق نفقة كانت اوغيرها ولم يذكره حوالة على الفهم قياسا على النسب كما فى البرجندى وقوله اوطلب اى رجل زمن على المدعى عليه اى الموسر وقوله فانه يستحلف على النسب بالاجماع الاستحلاف فى هذه المسائل يكون على العلم لاعلى البتات لانه استحلاف على فعل الغير كما فى النهاية وغيره (قوله فان نكل فى الصور المذكورة ثبت الحق لا النسب ان كان الخ) يعنى ان ثبوت الحق دون النسب الذى لايصح الاقرار به متفق عليه لاقول ابى حنيفة فقط على ما صرح به فى اثناء الشرح ومقتضى منطوق والا فعلى الخلاف وهو الموافق للهداية والكافى وشروح الهداية على ان تفسيره بقوله يعنى يستحلف الخ مأخوذ من الكافى بعينه واشار بترديد قوله ان والا الى ان عدم ثبوت النسب فى هذه الصور وكونه متفق عليه لو نسبا لايصح الاقرار به اما لو نسبا يصح الاقرار به يثبت النسب ايضا عندهما فظهر ان الصور المذكورة كما يحتمل ان تفسير بدعوى نسب لايصح الاقرار به يحتمل ان تفسير بدعوى نسب يصح الاقرار به كما فى صورة الارث اذا قال للمدعى عليه انت ابى اوابنى ونحوهما وهكذا فى سائرها الا ان المصنف فسره بالاول ليوافق قوله فان نكل الخ واشار الى الثانى بقوله والا فعلى الخلاف كما نبهت عليه آنفا ولله در المصنف فى تحقيق المقام والافادة تدبر (قوله يصح بالاب) وكذا بالام الحاصل ان اقرار الرجل يصح بخمسة بالوالدين والولد والزوجة والمولى واقرار المرأة باربعة بالوالدين والزوج والمولى ولايصح بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير فى حقها كما فى البناية للعينى ومن اكتفى بالاب عن ذكر الام كالمصنف فلظهور اشتراكهما فى الحكم المذكور كما فى التكملة اقول الظاهر ان المراد بالاب الاصل فشمل الام بل الجد والجدة وكذا الظاهر ان يراد بالابن الفرع فيشمل البنت وولد الابن ولم ار من يصرح به هنا (قوله فان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فى حقوق العباد) اذهم المحتاجون الى الاطراف كاحتياجهم الى الاموال لوقاية انفسهم وهذا معنى قوله لانها خلقت وقاية للنفس كالمال (قوله بخلاف النفس) حيث لايجرى فيها البدل فانه لوقال اقتلنى فقتله يؤاخذ

بالقصاص فى رواية و بالدية فى اخرى كما فى العناية (قوله لان التعزير محض حق العبد) وقد سبق فى فصل التعزير انه قال وهو حق العبد الا انه شرحه بان حق العبد غالب فيه تنبيها على ان فيه الانزجار عما يتضرر به العباد فمن هذه الجهة يرى حق الله تعالى مع ان فيه نوعا لم يطالب من جهة العبد بل يجب على الامام اقامة التعزير فيه كتعزير مسلم باع خمرا وداوم الكنيسة او حضر مجلس الشرب من غير شرب فظهر ان لا مخالفة بين كلاميهما (قوله قال لى بينة حاضرة) قيد به لانه لو لم يجزه بحضور بينة مع انها حاضرة ولو فى المجلس فهو مخير بين الاستحلاف واقامة البينة كما فى القنية وقوله لا يحلف هذا عند ابى حنيفة ويحلف عند ابى يوسف ومحمد مع ابى حنيفة على رواية الطحاوى ومع ابى يوسف على رواية الخصاف وذكر الخلاف على هذه الرواية فى المبسوط والخلاصة وقوله قيد بالمصر لانها الخ ولانها لو كانت خارج المصر يحلف اتفاقا وكذا لو كان الشهود مرضى كما فى خزانة المفتين واشار بقوله لا يحلف اتفاقا الى ان ما فى المتن قول ابى حنيفة خلافا لهما فيكون موافقا لما فى المبسوط والخلاصة (قوله ثلثة ايام) هذا هو المروى عن ابى حنيفة وهو الصحيح كما فى الهداية وغيره وعن ابى يوسف انه يؤخذ الكفيل الى المجلس الثانى وصححه فى الخانية واختلف التصحيح والارجح ما فى المتن لان الظاهر انه ظاهر الرواية واطلق فى اخذ الكفيل لانه لا فرق فى ظاهر الرواية بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير وعن محمد لو معروفا والظاهر من حاله عدم الاختفاء بذلك القدر من المال ولا يجبر على اعطاء الكفيل وكذا اذا كان المال حقيرا لا يختفى الانسان بسببه لا يجبر عليه كما فى تكملة الديرى وكل هذا اذا طلب المدعى وهو عالم بذلك اما لو كان جاهلا فالقاضى يطلبه رواه ابن سماعة كما فى الصغرى (قوله معروف الدار) وان لا يكون لجوجا معروفا بالخصومة كما فى شرح المنظومة (قوله ويكفل بنفسه ثلثة ايام) قيد كفالة كل من المقيم والمسافر بعدة واحال مدة ملازمتهما على مدة كفالتهما لظهور واذ المتبادر ان المطلق فى مثله يحمل على مقيده وعليه شرحه بقوله لان فى اخذ الكفيل والملازمة الخ واشار بملازمة كل الى ان لبس له حبس فى موضع لانه غير مستحق عليه بنفس الدعوى ولا يشغله عن التصرف بل هو يتصرف والمدعى يدور كما فى الصغرى و باقى التفصيل مر فى كتاب الكفالة (قوله والحلف بالله تعالى دون غيره) اشار بهذا التأكيد ان هذا التركيب للحصر كما فى الحمد لله وذكر فى الخزانة واليمين بالله تعالى ذكر اسمه تعالى وهو ان يقول والله وظن صاحب البحر انه لا تحليف بغير هذا الاسم فلو حلفه بالرحمن او الرحيم لا يكون يمينا اقول ان قولهم لكنه يحتاط فلا يذكر الصفات بلفظ الواو لئلا يتكرر اليمين عليه الخ وقولهم فى كتاب الايمان والقسم بالله او باسم آخر من اسمائه سواء تعارف الناس الحلف به اولا الخ وما ثبت فى الحديث ورب الكعبة ونحوه يقتضى ان الحلف بالرحمن وغيره من اسمائه تعالى يكون يمينا على انه صرح فى روضة القضاة بان اليمين تكون بالرحمن والرحيم وسائر اسمائه تعالى فظهر ان التحقيق فى معنى قوله الحلف بالله دون غيره ان لا يكون الحلف الا بذاته تعالى اى باسم من اسمائه الذاتية او الصفاتية فيكون الحصر بالنسبة الى الجبت والطاغوت ونحوهما وما ذكر فى الخزانة تمثيل فلا ينافى الحلف باسمه تعالى غير الجلالة تدبر (قوله لا الطلاق والعتاق) لان التحليف بكل منهما حرام فى ظاهر الرواية فان اراد المدعى التحليف به لا يجيبه القاضى ومن المشايخ من جوزه فى زماننا والصحيح ما فى ظاهر الرواية كما فى الخانية وبه يفتى كما فى التاتارخانية ولو قال المدعى حلفه بالطلاق فقد اختلفوا فى كفره كما فى المضمرات وجه تجويز البعض الفهم باليمين بالله

في محاوراتهم فلا يبالون منه قال في الصغرى افتى به الامام ابو علي بن الفضل بسمرقند ونحن نفتي بانه لايجوز انتهى وان مست الضرورة يفتى ان الرأى فيه للقاضي اتباعا للبعض كما في المنية وقوله الا اذا الخ الخصم اى ادام طلبه اليمين بهما بان كان لجوجا متعنتا لايبالي باليمين بالله تعالى جاز للقاضي التحليف بذلك لكثرة الامتناع عن الحلف بهما كما في البيانية ولو حلف بالطلاق انه ليس له عليه شئ ثم اقام المدعى البينة بان يشهد الشهود انه اقرضه الفا قبل اليمين وقضى القاضي به لايقع الطلاق ولو شهدوا ان عليه الفا فقضى القاضي به ذكر في الجامع انه يقع الطلاق وهو قول محمد رحمه الله تعالى كما في الخانية (قوله وان قضى لم ينفذ) اطلقه فالظاهر على قول الكل ولكن قال في خزانة المفتين لاينفذ قضاؤه على قول الاكثر انتهى فظاهره ان نكوله يعتبر عند ذلك البعض يقضى به وايده بعض المتأخرين بان فائدة التحليف رجاء النكول حتى يقضى به والا فلا فائدة ورد بان فائدته اطمئنان المدعى اذا حلف اذ قد يكون الامر مشتبها عليه للنسيان ونحوه فاذا حلف له بهما صدقه وبان التحليف بذلك مما يحمل الناس على الاقرار حذارا عن الاتهام بالكذب في النكول وان لم يجز القضاء به لان من رأى نكوله يقول له انه لو كان صادقا في انكاره لاقدم على اليمين فيكفي بهذا القدر فائدة على ان القضاء على تقدير النكول مركوز في طباع الناس ولا يخشى عدم القضاء الا في حق العالمين بمهمات الدين وقليل ماهم فظهر ان عدم القضاء وعدم النفاذ قول الكل وعليه اطلاق من عدا صاحب الخزانة تدبر (قوله ويغلظ) قالوا وحلفه القاضي مغلظا فحلف بالله ونكل عن التغليظ لايقضى عليه بالنكول لحصول المقصود بالحلف بالله كما لو حلفه بالطلاق وحلف به ثم حلفه بالله فنكل عن هذا اليمين لايقضى عليه بالنكول لان حق المدعى اليمين مرة وقد حلف مرة كما في المنبع والتبيين (قوله وللمحلف) اى القاضي لا المدعى لقوله فيما بعد وكان الرأى فيه الى القاضي ولما صرحوا ان التحليف حق القاضي ولما في الشروح ان الاختيار في صفة التغليظ الى القضاة يزيدون فيه ماشاؤا وينقصون ماشاؤا ولا يغلظون لو شاؤا وقوله ويقول بالله او والله سقط من قلم الناسخ قوله قل هنا وقد صرح به فيما سبق وهو الموافق للواقع ولما في الشروح (قوله لا اى لايغلظ بالزمان والمكان) ظاهره عدم مشروعية التغليظ بكل منهما وظاهر ما في الهداية ان المنفى وجوب التغليظ بهما وظاهر ما في المحيط في موضع ان المنفى كونه سنة وفي موضع بعده عدم مشروعيته حيث قال لايجوز التغليظ بالمكان والزمان وصرح في غاية البيان ان الحاكم فعله عندنا ان رأى ذلك وانما الخلاف في كونه واجبا او سنة انتهى وعند الشافعي يستحب هذا التغليظ في قول ويجب في قول وبه قال مالك كما في البيانية وغيره اقول الظاهر ان المذهب عندنا عدم جواز هذا التغليظ وعليه دلائل مشايخنا المذكورة في الشروح واما سلب حسن هذا التغليظ تارة وسلب الوجوب اخرى في عباراتهم فبنى على نفى مذهب الخصم تدبر (قوله فيغلظ على كل احد الخ) اشار بالتغليظ الى ان الكافر لو حلف بالله فقط ونكل عن التغليظ يكتفى به ولا يقضى عليه بالنكول عنه كما في البحر الرائق (قوله ولا يحلف الوثنى) اراد به المشرك سواء عبد صنما او وثنا او غيرهما وقوله اذ الكفرة كلهم الخ قيل الدهرية لايعتقدون وجود الله تعالى ولا دلالة في الآية المذكورة على ان اعتقاد كلهم ذلك اقول ومن الله التوفيق ان الدهرى والزنديق والمباحى داخلون تحت المشركين اذ قد سبق في صدر الكتاب من البدايع انهم لم يتجاسروا في عصر من الاعصار على اظهار نحلهم سوى كفرهم فلما لم يقروا بالواجب الوجود لله تعالى

تقدس عما يقول الظالمون ولا نبي من الانبياء ولم يقدروا على اظهاره لانهم لحقوا بالمشركين فيعدون منهم حكما على انه قد صرح في بعض الكتب انهم يقرون به تعالى ولكن ينفون القدرة عنه تعالى فظهر ان الكفرة باسرهم يعتقدون الله تعالى ويعمهم قوله تعالى ولئن سألتهم الآية تدبر (قوله لان فيه تعظيمها) وقد كره للمسلم ان يدخل في البيعة والكنيسة كما في التاتارخانية والظاهر التحريم لان المراد عند الاطلاق كما في البحر والمقدسي اقول ماذكر هنا دليل خاص في المنع فان ماذكر عند قوله لا بالزمان والمكان من اطلاق قوله عليه السلام واليمين على من انكر فالزيادة عليه نسخ وكون حضور القاضي اليها حرجا وتأخير حق المدعي فمعتبر هنا ايضا كما لا يخفى (قوله ولا ينبغي ان يعظم النار الخ) ثم الفرق بين جواز التغليظ في حق المجوسي على ما اختير في المتن وبين عدم جوازه في حق الوثني ان الوثني اتخذ الصنم والوثن الهافامر نا باهانتهما بخلاف المجوسي حيث لم يتخذ النار الهافامر نا باهانتها كذا في الفوائد الشاهية نقله صاحب المنح والديري في تكملته (قوله ويحلف على الحاصل الخ) وهكذا في سائر المتون واعترض صاحب البحر بان فيه قصورا وغفلة اما القصور ففي قوله ما يجب عليك رده والصواب ما في الخلاصة وهو ما يجب عليك رده ولا مثله ولا بدله ولا شئ من ذلك وفي قوله ماهي بائن منك الآن فلانه خاص بالبائن اما الرجعي فيحلف بالله ماهي طالق في النكاح الذي بينكما واما الطلاق الثلث فيحلف بالله ما طلقها ثلاثا في النكاح الذي بينكما كما ذكره الاسبيجابي واما الغفلة ففي ادخال النكاح في المسائل التي لا يحلف فيها على الحاصل عندهما غفلة عن صاحب الهداية والشارحين لان اباحنيفة لم يقل بالتحليف في النكاح وكذا قال الاسبيجابي انه يحلف في النكاح على قول الامامين لا على قول ابي حنيفة اقول ومن الله التوفيق اما الجواب عن الاول فهو ان قوله ما يجب عليك رده باطلاقه يشمل رد العين ورد المثل ورد البدل اي القيمة فالكل مراد والمقام يعين كلا منها فلا قصور فيه اصلا وعن الثاني ان قوله ماهي باين منك يشمل الثلث لانها باين حقيقة واما الرجعي فلو راجعها لا يبقى طلاقا فهي زوجته وان لم يراجعها فيلحق البائن باعتبار تمام العدة فيصير بائنا حكما فيشمله ايضا وعن الثالث فهو انه لا يخلو من ان يكون معه دعوى مال اولا فان كان يحلف على النكاح بالاتفاق وان لم يثبت النكاح بالنكول عنده وان لم يكن بل الدعوى عن مجرد النكاح فانما قال ابوحنيفة هنا بالاستحلاف تفريعا على قول من قال به وقد سبق نظيره في كتاب المزارعة وهذا الجواب هو الظاهر ولقد صرح به في المنح في تصوير المسئلة فظهر ان من قيد هذه المسئلة من بين المسائل المذكورة بان لا يكون على قول ابي حنيفة لم يصب (قوله في سبب يرتفع) قيد به لان الدعوى اذا وقعت مطلقة عن سبب بان ادعى عبدا انه ملكه فاليمين على الحكم بلا خلاف فيقال قل بالله ماهذا العبد لفلان هذا ولا شئ منه كما في العمادية وقوله عند ابي حنيفة ومحمد اشار به الى ان فيه خلاف ابي يوسف فانه يحلف على السبب في سبب مرتفع ايضا الا اذا عرض المدعى على القاضي بان قال ايها القاضي قد يبيع الانسان شيئا ثم يقيل فيه وهكذا في غيره فحينئذ يحلف على الحاصل وبه اخذ بعض المشايخ كما في المنح وروى عنه ايضا ان المدعى عليه اذا انكر السبب يحلف عليه واذا انكر الحكم يحلف على الحاصل واكثر القضاة على هذا القول وهو الاحسن كما في النهاية والذخيرة وقال فخر الاسلام البزدوي اللايق ان يفوض الامر الى القاضي فيحلف على الحاصل او السبب ايهما رأه

مصلحة كما فى الكافى وما فى المتن ظاهر الرواية كما فى الشروح واعترض على رواية عن ابى يوسف بان اللايق التحليف على السبب دائما ولا اعتبار للتعريض فانه لو وقع فعلى المدعى عليه البينة وان عجز فعلى المدعى اليمين واجيب بانه قد لا يقدر عليها والخصم ممن يقدم على اليمين الفاجرة فاللايق التحليف على الحاصل كيلا يبطل الحق قال البرجندى ماذكره المعترض اعتراض على قول ابى يوسف بانه لافرق فى ذلك بين التعريض وعدمه وذا لا يندفع بهذا الجواب (قوله الا اذا كان فيه ترك النظر للمدعى) قد استفيد منه ان لا اعتبار لمذهب المدعى عليه واما مذهب المدعى ففى اعتباره اختلاف وقيل الاعتبار لمذهب القاضى وقال الصدر الشهيد اوجه الاقاويل واحسنها ان يسأل القاضى المدعى اتعتقد وجوب مدعاك فان قال نعم قضى له والا فلا فان قيل فى رعاية جانب المدعى ترك النظر للمدعى عليه لجواز انه اشترى ولا شفعة للمدعى بان سلم اولم يراع شروطها قلت اشار الصدر الى جوابه بان القاضى لايجد بدا من الحاق الضرر باحدهما ورعاية جانب المدعى اولى لان سبب وجوب الحق له وهو الشراء مثلا اذا ثبت ثبت الحق له وسقوطه بسبب آخر عارض فصح التمسك بالاصل حتى يقوم دليل على العارض كما فى شرح الصدر على ادب القاضى (قوله فانه يحلف على السبب) حيث يقول بالله مااشتريت هذه الدار التى ادعى فيها الشفعة وفى صورة دعوى المبتوتة يحلف ويقول بالله ماهى معتدة منى (قوله ولايتكرر على العبد المسلم) لانه لو ارتد والعياذ بالله تعالى ولحق بدار الحرب ثم ظفر به فموجبه القتل فقط (قوله قال) اى المدعى الظاهر ان يضم الى هذا التفسير قوله او الشاهد او ان يفسر قوله اولا شهادة بقوله او قال الشاهد كما لايخفى (قوله فى رواية لاتقبل) وعدم القبول قول محمد والقبول قول ابى حنيفة كما فى الظهيرية وعلى هذا الخلاف والاصحية لو قال المدعى كل بينة بها فهى زور ثم اتى وقال كل شهادة شهد لى بها فلان وفلان على فلان بهذا الحق فلا حق لى فيها ثم ادعى وشهدا وكذا الحكم فى دفع الدعوى وفى دفع الدفع وفى دفع دفع الدفع فصاعدا وهو المختار ذكر فيه فى كتاب الدعوى فى فصل بيان ما يقع به التناقض ويندفع به الدعوى (قوله ان وفق) التوفيق بيان المدعى او الشاهد ان قوله بلا بينة لى او لا شهادة لى بناء على النسيان او على عدم العلم واقامتها او الشهادة الان بناء على التذكر والعلم بعده فحينئذ تقبلان بالاتفاق هذا فظهر ان الانسب ان يقال فيه خلاف بدل قوله فيه روايتان تدبر ثم المفهوم من جامع الفصولين ان قبول التوفيق فيما فيه خفاء وفيما لاخفاء لاتقبل (قوله النيابة تجرى فى الاستحلاف الخ) هذا ضابط كلى افاده عماد الدين فى فصوله فى مواضع اجمالا تارة وتفصيلا اخرى فى الفصل السادس عشر والمصنف لخصه كما ترى وابن قاضى سماونة لخصه فى جامع الفصولين اخصر منه كما هو دأبه وهذا من المسائل التى اوردها المصنف فى كتابه ولم يؤت بها فى المتون المشهورة وليس فى كلامه مايخالف الاصل الا فى تعميم ضمير اقراره نوع حزازة لان كلا من الوصى ومن بعده ليسوا كالوكيل فى صحة اقرارهم تارة وعدمها اخرى وايضا ليس الوكيل مطلقا كذلك كما افاده التقييد فلو قال الا اذا كان الوكيل وكيلا بالبيع او الخصومة فى الرد بالعيب لصحة اقراره بدل قوله الا اذا صح اقراره الخ لكان سالما ثم انه لا يلزم من عدم التحليف عدم سماع الدعوى بل يجعل كل منهم خصما فى حق سماع الدعوى واقامة البينة عليه من غير استحلاف كما فى العمادية وقيد الوكالة باحد الشيئين لان الوكيل بالشراء لا يمين عليه حتى اذا اراد الرد بالعيب والموكل غائب وادعى البايع قد رضى الموكل بالعيب لا يمين على

الوكيل على رضاه ولان الوكيل يقبض الدين اذا ادعى الغريم ان الموكل ابرأه واراد تحليف الوكيل بعدم العلم لا يحلف ويقال ادالدين الى الوكيل ثم انت على خصومتك مع الموكل كما في العمادية (قوله وفرع على الاول الخ) وفرع على الثانى قوله ولايحلف الخ تركه بناء على ظهوره ومثل هذا الكتاب لبس للمبتدى الذى لايفهم مثل ذلك ولايتنبه فيه ونظيره ما قال المولى الجامى فى شرح الكافية فى شرح قوله فالمفرد المنصرف فان الاعراب فى هذين القسمين من الاسم على الاصل من وجهين احدهما الخ ولم يقل بعده وثانيهما بل اورد بدله واذا كان الاعراب الخ لظهوره ومثل هذا البحث على تمثيل المصنف رحمه الله تعالى لبس من الانصاف وكعبه عال عنه كما لايخفى (قوله فاذا ادعى سرقة الخ) الاحسن ان يقول فاذا ادعى رد المعيب بالعيب كسرقة العبد او اباقه اونحوهما فيكون اشمل (قوله يزيد عليه) اى على التحليف على فعل غيره على العلم حرفا اى كلاما وهو الاستثناء الاتى وقوله لان تسليمه الخ تعليل لقوله يحلف على البتات وعلى تصوير الشرح انه تعليل لقوله وانما صح باعتبار ان المستكن فيه راجع الى ذلك التحليف وقد قالوا ان التحليف على فعل الغير على العلم اذا قال المنكر لاعلم لى بذلك فان ادعى العلم حلف على البتات وفرعوا عليه مسائل كما فرعوها على التعليل الاول منها فى التبيين ان الوكيل بالبيع اذا ادعى قبض الموكل الثمن فانه يحلف على البتات لادعائه العلم بذلك ومنها مافى القنية اوله باع الوصى عبدا الخ ومافى الخلاصة اوله اوقال ان لم يدخل فلان الدار الخ (قوله تفريع على قوله وفعل غيره على العلم ونحوه اثبات) الواو فى وفعل من المسامحات الصادرة كثيرا وقوله وهو بكر هذا من طغيان القلم والصواب وهو زيد وقوله لما مر ولما ذكر الاول يراد بهما الوجه الثانى ولما ذكر الثانى يراد به الوجه الاول (قوله اما الاول فبان يقول الخ) هذان التصويران صورتا اقرار المدعى بانتقال الدين اوالعين من مورث المدعى عليه اليه واما اذا ادعى ان له دينا عليه اوعينا فى يده من غير تعرض للانتقال منه اليه والقاضى يعلم ذلك اوانكره المدعى فبرهن المدعى عليه على ذلك يحلف فيهما على العلم ايضا هذا هو المراد وعليه عبارة العمادية نقلا عن المحيط والذخيرة ثم لما كان كل من دعوى الدين والعين محتملة لثلث صور ولامانع فى عبارة العمادية لذلك لم يخصص الصور بالعين وان كانت اظهر فيه تدبر كما لايخفى (قوله فاراد استحلاف المدعى عليه) الاظهر ان يقال فاستحلف المدعى عليه او يقال فاراد تحليف المدعى عليه نعم لوكان المعنى اراد استحلاف القاضى المدعى عليه وهو الظاهر لاستقام (قوله ادعى رجل منكوحة الغير) لم يقل على منكوحة الغير لانها مدعاة من وجه ومدعى عليها من وجه فلكل من العبارتين وجه كما لايخفى (قوله يحلف الزوج) قدم تحليف الزوج لانه يسقط بحلفه حلف عن المرأة اشار اليه بقوله انقطع النزاع والمسئلة بتفصيلها مذكورة فى الخانية لافى العمادية تدرب (قوله ويقضى عليه اذا نكل) اعترض عليه بانه اذا لم يجب عليه يمين البتات كيف يقضى عليه اذا نكل عنه وانما يقضى بالنكول فى اليمين اللازم عليه اقول اعتبار النكول من اعتبار اليمين لما قالوا ان القضاء بالنكول لايتخلف عن اعتبار اليمين ولذلك لم يقض بالنكول اذا حلف على العلم فى موضع البتات تدبر كما لايخفى (قوله اقر بدين او غيره) اورد هذه المسئلة هنا بناء على ان فيها التحليف ولكن الانسب ايرادها فى كتاب الاقرار كما اوردها صدر الشريعة فيه وقد ذكرها المصنف فيه ايضا فيكون ايرادها هنا لغوا صورة الاقرار بالدين ان المقر به اوانكره وقال اقررت به كاذبا وطلب يمين المقرله حلف المقرله الخ وصورة الاقرار

بالغيران الواهب اقر ان الموهوب له قد قبض الموهوب فى المجلس او بعده بامره ثم ادعى انه لم يقبضه وكنت اقررت به كاذبا وسأل تحليف الموهوب له وهنا صور اخر مذكورة فى العمادية والتحليف فى الكل على قول ابى يوسف وهو الاستحسان المفتى به ولكن لما كان وضع الكتاب ان المذكور بدون ذكر القائل قول ابى حنيفة كان ذكر المسئلة هذه بدون تصريح القائل مما يخالف اسلوبه وافاد صدر الشريعة تفريعا على هذه المسئلة انه لو ادعى وارث المقر فعند البعض لايلتفت الى قوله وذا متفرع على قولهما لان حق الورثة لم يكن ثابتا فى زمن الاقرار والاصح التحليف وهو متفرع على قول ابى يوسف لان الورثة ادعوا امرا يعنى كذب المقر لواقر به المقرله يلزمه ذلك الامر فلايلزمه شئ من التركة واذا انكر ذلك يستحلف وان مات المقرله وكانت دعوى الكذب على ورثة المقرله فاليمين عليهم بالعلم انا لانعلم انه كان كاذبا انتهى ببعض توضيح (قوله صح فداء اليمين بمثل المدعى اواقل والصلح منه) اى بدلا من اليمين بما هو اقل من المدعى غالبا كما فى الشروح ويحل المأخوذ اذا كان المدعى محقا ولو مبطلا لا كما فى البحر وقوله ولم يحلف فقيل الاتحلف وانت صادق قال اخاف ان يوافق يمينى قدر بلاء فيقال هذا بيمينه الكاذبة وذكر الصدر الشهيد ان الاحتراز عن اليمين الصادقة واجب قال صاحب البحر مراده ثابت بدليل جواز الحلف صادقا مسائل هذا الباب ان حلف الاخرس يكون باشارته برأسه اى نعم اولا لان اشارته اذا كانت معروفة فى النفى والاثبات تكون بمنزلة العبارة من الناطق فى سائر الاحكام فكذا فى حق الحلف والقاضى لو استحلف الناطق فقال نعم لايكون يمينا لانه فى قوة احلف وذا ليس بيمين كما فى تكملة الديرى والمديون بدين مؤجل لوخاف انه اذا اقر به يأخذه القاضى ولايصدقه فى التأجيل بقوله للقاضى سله انه حال اومؤجل فان قال حال حلف بالله ماله هذا الذى يدعيه ولوقال مؤجل ليس له ان يحلفه على ذلك ولوكان القاضى جاهلا ولم يسئله واراد تحليفه ينبغى ان يحلف ويقول ان شاءالله تعالى ويحرك لسانه على وجه لايعلم القاضى بذلك كما فى الولوالجية

﴿ باب التحالف ﴾

لما فرغ من بيان يمين الواحد شرع فى بيان يمين الاثنين اذهما بعد الواحد طبعا ووضعا والتحالف من الحلف بفتح الحاء وهو القسم واليمين فيكون معناه التقاسم واما الحلف بالكسر وهو العهد قال صاحب البحر قال فى القاموس تحالفوا تعاهدوا وفى المصباح تحالفا تعاهدا وتعاقدا وليس المراد هنا والمراد حلف المتعاقدين عند الاختلاف يريد به ان كلا منهما لم يذكر التحالف بمعنى التقاسم وهذا اصطلاح جديد من الفقهاء ولايذهب عليك ان هذا غفلة عن دأب اهل اللغة فانهم يذكرون اصل المادة فى كل كلمة ثم يفرعون عليها المزيدات تارة ولايفرعون اخرى وهنا كذلك حيث فرعا بالمزيد على الحلف بالكسر ولم يفرعا به على الحلف بالفتح تدرب كما لايخفى (قوله فى قدر الثمن) اطلقه فشمل رأس المال وكذا الحال فى المبيع فشمل المسلم فيه فاذا تحالف رب المال والمسلم فيه يفسخ السلم وقد سبق فى بابه (قوله اواختلفا فى قدر المبيع) ولم يتعرض للاختلاف فى وصفه اوجنسه لانه لايوجب التحالف بل القول فيه للبايع مع يمينه صرح بالاول فى الظهيرية على ماذكره ان شاء الله تعالى ولم ار من يصرح بالثانى ولكن يدخل تحت الاختلاف فى اصل البيع تدبر (قوله لانه نور دعواه بالحجة) تضمن هذا رجحان البينة وقوتها فيكون قوله والبينة اقوى تصريحا بما علم ضمنا ليترتب عليه قوله لانها الخ والتفصيل مع فائدة بعد الاجمال يعد حسنا ولذلك اقتفى المصنف فيه صاحب الكافى وترك تعليل صاحب الهداية حيث قال لان

فى الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها انتهى (قوله وان برهنا) اى ان برهن كل منهما فى الصورتين حكم لمن اثبت الزيادة وهوالبايع ان اختلفا فى قدر الثمن والمشترى ان اختلفا فى قدر المبيع هذا مقتضى ظاهر كلامه وكذا اذا اختلفا فى وصف الثمن اوجنسه وبرهن كل مدعاه حكم لمثبت وصف اوجنس اقتضى زيادة وهذا مقتضى سياق كلامه وسياقه ايضا حيث صرح فى بيان اختلاف الاجل بان التحالف يجرى فى الاختلاف فى وصف الثمن اوجنسه تدبر (قوله وان عجزا) اى عجز كل واحد من اقامة البينة سواء كان الاختلاف فى الثمن فقط او فى المبيع فقط اوفيهما كما فى البرجندى وسواء كان الاختلاف فى وصف الثمن او جنسه كما هو مقتضى الاطلاق و السباق (قوله قيل للمشترى) اى يقول القاضى وانما اتى بصيغة المجهول لتعينه او للتعميم فيشمل القاضى المحكم و حاكم السياسة اذا وقع الترافع عندهما افاده الديرى فى تكملته ثم قطع الخصومة لم ينحصر على هذا الوجه بل يحصل بان يعكس العرض ويقال للبايع اما ان ترضى بالثمن الذى ادعاه المشترى والافسخنا البيع وان يقال للمشترى اما ان تقبل ما اعترف به البايع و الا فسخناه فيرجع المعنى انه رضى واحد منهما بما قاله الآخر فيهما والا فسخناه والمصنف عبر عن هذا المعنى بالجهة التى ذكرها بناء على ان الظاهر ان البادى للاختلاف فى الثمن جانب المشترى وفى المبيع هوالبايع و يؤيد جواز العكس فى قطع الخصومة تعميم قوله وان لم يرضيا بدعوى احدهما على ما سيأتى فى القول الآتى ان شاء الله تعالى (قوله وان لم يرضيا بدعوى احدهما) وذلك بان لم يرض المشترى بما ادعاه البايع من زيادة الثمن والبايع بما ادعاه المشترى من الثمن الاقل فى الصورة الاولى و بان لم يرض البايع بما ادعاه المشترى من المبيع الاكثر والمشترى بما ادعاه البايع من المبيع الاقل فى الصورة الثانية وبان لم يرض المشترى بما ادعاه البايع من الثمن الاكثر و المبيع الاقل و البايع بما ادعاه المشترى من الثمن الاقل المبيع الاكثر فى الصورة الثالثة وكذلك اذا لم يرضيا بدعوى احدهما من وصف اوجنس قيل شرط التحالف عدم رضى واحد لا عدم رضى كل منهما فلوقال ولم يرض واحد منهما بدعوى صاحبه لكان اولى اقول التحالف انما يتصور فيما اذا ادعى كل منهما شيئا ولم يرض كل منهما مدعى صاحبه وذا يقتضى عدم رضى كل منهما لا عدم رضى واحد فقط هذا هوالحقيق بالقبول فى المقام وللناس هنا فيما يعشقون مذاهب والعلم بحقيقته عند الملك العلام (قوله قبل القبض) اى قبض احد البدلين وعليه الاطلاق الا ان ظاهر سياق كلامه على المراد قبض المشترى السلعة فيحمل على التمثيل و يعلم حال الباقى من الصور الثلث بل حال ما يلحق بها بالمقايسة (قوله فعلى خلاف القياس) وهوالاستحسان بالاثر وذا لايتعدى ولذلك اذا اختلف وارثا البايع و المشترى بعد القبض لايجرى التحالف بينهما وباقى التفصيل فى الاصول فى بحث الاستحسان (قوله وانما ثبت التحالف بعد القبض) بقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان الحديث قال العينى فى بنايته هذا الحديث طرقه تنتهى الى عبدالله بن مسعود كلها لم تثبت قد وقع فى بعضها لفظ لم يصح معناه وفى بعضها انقطاع وفى بعضها را ومجهول الحال الى غير ذلك حتى قال والعجب من شراح الهداية انه يقول هذا الحديث صحيح مشهور اقول قد نقل البرجندى عن المبسوط ان هذا الحديث مشهور تركنا القياس به وهكذا فى اكثر الشروح حتى قال الديرى فى تكملته بعد ما اورد طرقه صحيحا بعضها وسقيما آخر وهو حديث محفوظ عن ابن مسعود مشهور الاصل عند جماعة الفقهاء تلقوه بالقبول و بنوا عليه كثيرا من فروعه قد اشتهر عند هم بالحجاز

والعراق شهرة يستغنى بها عن الاسناد كما اشتهر حديث لاوصية لوارث انتهى وقال الشيخ الاكمل ولقائل ان يقول هذا الحديث مخالف للمشهور فان لم يكن مشهورا فهو مرجوح وان كان فكذلك لعموم المشهور او يتعارضان ولا ترجيح انتهى وانت خبير بان هذا الحديث على ماذكره الديري مساو فى الرتبة لقوله عليه السلام البينة للمدعى واليمين على من انكر فثبت التعارض بينهما فيحمل هذا على الاختلاف بعد القبض بدليل قوله وترادا والحديث الآخر على الاختلاف فى غيره وهذا التوفيق اولى من التوفيق بحمل الآخر على ماعدا اختلاف المتبايعين مطلقا لان العمل بموجبه جار فى بعض صور الاختلاف ولك ان تقول فى التوفيق بينهما ان هذا الحديث وان عدم رجحانا فى الرتبة من الآخر الا ان دلالته على استحلاف المدعى ايضا يكون بعبارته ودلالته الاخر على عدم استحلافه مطلقا يكون بالمفهوم من تقسيم الحجتين للخصمين اومن جنس الايمان على المنكرين غايته الاشارة اذ من المفهوم كمفهوم الغاية يعد من قبيل اشارة النص عند بعض مشايخنا صرح به فى الاصول والعبارة احق عند التعارض من الاشارة فيرجح هذا الحديث فى منطوقه على الآخر فى مفهومه واشارته وهذا التوفيق احسن كما لايخفى (قوله وبدأ بيمين المشترى) هذا عند محمد وقول ابى يوسف آخر اورواية عن ابى حنيفة وهو الصحيح اطلقه فشمل انه يبدأ بيمينه فى الصور الثلث كما فى البرجندى وكذا فى صورتى الاختلاف فى الوصف والجنس (قوله بطلب احدهما) اوطلبهما لان الفسخ حقهما بدليل قوله عليه السلام تحالفا وترادا فانه اسند اليهما ومن ذلك قالوا لوفسخاه بعد التحالف ينفسخ من غير حاجة الى فسخ القاضى ولكن لايكفى فسخ احدهما كما فى البحر وغيره (قوله فبقى بيعا بثمن مجهول) وهو فاسد فى رواية كما فى الحماية ولابد فى البيع الفاسد من فسخ القاضى كما فى عامة الشروح اقول هذا اذا لم يفسخاه بعد التحالف لماسبق فى بابه ان القضاء لم يشترط فى فسخ البيع الفاسد ثم تصوير المقام يكون الاختلاف فى الثمن بناء على كثرة وقوع الاختلاف فيه اومحمول على التمثيل لان اطلاق المتن ينطبق على الصور الثلث بل على صورتى الاختلاف فى الوصف والجنس ايضا كما لايخفى (قوله وفرع عليه ماذكر فى المبسوط الخ) وماذكر فى شرح الطحاوى من ان احدهما لواراد ان يلتزم البيع بماقاله صاحبه قبل فسخ القاضى كان له ذلك من غير تجديد العقد (قوله ومن نكل عن اليمين) باطلاقه يشمل الصور الثلث بل على صورتى الاختلاف فى الوصف والجنس ايضا ولكن ذكر فى الظهيرية انه لوكان الاختلاف فى وصف الثمن تحالفا وان كان فى وصف المبيع كما لوقال المشترى اشتريت العبد على انه كاتب اوخباز فقال البائع لم اشترط فالقول للبائع مع يمينه ولاتحالف انتهى (قوله لاتحالف فى اصل البيع) وذلك بالاجماع كما فى الشروح وقوله والاجل اى فى اصله اوفى قدره اوفى مضيه اوفى قدره ومضيه ففى الاولين القول قول البائع مع يمينه وفى الثالث القول قول المشترى وفى الرابع القول قول المشترى فى المضى وقول البائع فى القدر وباقى التفصيل فى البدائع وغاية البيان وكذا لافرق بين اصل شرط الخيار وقدره عند علمائنا الثلثة ويتحالفان عند زفر والشافعى ومالك كما فى البيانية وقيد البعض مع ان كل الثمن كذلك لدفع وهم وهو ان الاختلاف فى اصل بعض الثمن لماوجب التحالف كماسبق ذهب الوهم الى ان الاختلاف فى قبض بعضه يوجب التحالف ايضا فصرح بذكره دفعا له كما فى البرجندى فظهر ان القيد ليس للاحتراز بل لدفع الوهم واراد بالقبض الاستيفاء فيشمل الاخذ والحط والابراء ولوكلا كما فى معراج الدراية وغيره (قوله وحلف المنكر)

يعني القول له مع يمينه اما في الاول فلتفرده بالانكار واما في غيره فلا نهما اتفقا على المعقود عليه وبه واختلفا في امر زائد عارض والقول قول من ينكر العوارض كما في المنبع (قوله ولا بعد هلاك المبيع الخ) اى بعد قبض المبيع هذا هو المراد في الكل تركه للاستغناء لانه الظاهر الا انه اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري فثله اوقيمته يقوم مقامه فحينئذ يتحالفان بل هو على وفق القياس لكونه قبل القبض وسيجئ مايدل عليه في قوله بخلاف البيع ثم هذا اذا كان الثمن دينا بان كان دراهم اودنانير اومكيلا اوموزونا وان كان عينا بان كان العقد مقايضة فاختلفا بعد هلاك احد البدلين يتحالفان بالاتفاق كما في المصفى وغيره (قوله كذا بعضه) اى بعد القبض وهو الظاهر وان هلك قبله يتحالفان بالاتفاق كما في التبيين (قوله الاان يرضى البائع الخ) فحينئذ يتحالفان هذا رواية القدوري قد وافقت رواية المبسوط اماعبارة الجامع الصغير فقد احتملت وجهين احدهما هو الموافق لهذه الرواية وذهب اليه عامة المشايخ وباقي التفصيل في شروح الهداية (قوله ولا في بدل الكتابة) اى في قدره اوفي جنسه اوفي وصفه سواء ادى من بدل الكتابة شيئا ولم يؤد هذا قول ابي حنيفة آخرا وكان يقول اولا يتحالفان ويترادان كالبيع وهو قولهما كما في الشروح (قوله وان اقاما البينة) يعني ان برهن احدهما قبل وان برهنا فبرهان المولى اولى (قوله ولا في رأس المال) اطلقه فشمل الاختلاف في قدره اوجنسه اونوعه اووصفه قيد المسئلة بكون الاختلاف فيه بعد الاقالة اذ لو كان قبلها تحالفا كما في البحر الرائق فظهر ان شمول الثمن له فيما قبل وكونه مثله اذا كان الاختلاف فيه قبل الاقالة (قوله والساقط لايعود) لان ما تناوله عقد الاقالة في السلم قد سقط واضمحل اذ المسلم اليه ملك ما في ذمته فسقط عنه والساقط لا يعود فلا يحتمل عود المسلم فيه الى رب السلم بعد السقوط كما في الكافي واراد بقوله فلايحتمل الفسخ اى بالتحالف (قوله بخلاف البيع الخ) اطلق خلافه فشمل ان فيه تحالفا اذا اختلفا في قدر الثمن بعد الاقالة وقبل قبض البائع المبيع بحكم الاقالة وان البيع يعود بينهما فيكون للمشتري بعد عوده الى البائع بحكمها هذا غاية المراد وعليه كلام المصنف ولم يقل بخلاف الاقالة في البيع لئلا يتوهم ان الخلاف انما هو فيها لافي التحالف ولله دره حيث غير عبارة الهداية ليكون نصا في المقصود باطلاقه هذا ثم قد افاد صاحب البحر الرائق بان الظاهر مما ذكرهنا ان اقالة البيع تقبل الاقالة بخلاف اقالة السلم كما ان الابراء لم يقبلها (قوله واختلفا في قدر المهر الخ) هذه المسئلة وقعت مكررة لانها ذكرت في باب المهر وتبع فيه صاحب الهداية والكنز ولذلك لم يذكرها هنا صاحب الوقاية لان محلها الانسب ثمه الاان المصنف ذكر هذه المسئلة على تخريج الكرخي هنا وعلى تخريج الرازي ثمه وهكذا في الكنز وقصد منه نكتة يخرجها عن حد التكرار على ماتقف الآن ان شاء الله تعالى وقيد بقدر المهر لان الاختلاف لوكان في اصله يجب مهر المثل لما سبق في بابه والاختلاف في جنسه كالاختلاف في قدره الافي فصل واحد وهو انه اذا كان مهر مثلها كقيمة ماعينته المرأة مهرا اواكثر فلها قيمته لاعينه ذكره في الهداية وغيره وكلام المصنف على ان هذا الاختلاف حال قيام النكاح وهكذا الاختلاف بعد الدخول والطلاق كما في المنبع ولواختلفا بعد الطلاق قبل الدخول فلها نصف ماادعى الزوج ولوقال الزوج المهر هذا العبد والمرأة هو هذه الامة فلها المتعة الاان تراضيا على نصف الامة كما في الظهيرية (قوله وان برهنا فلها الخ) ومهر المثل هنا يجعل حكما فيتبني برهان كل منهما عليه ويرجح به كما جعل حكما في صورة

عجزهما عن البرهان الا ان التحالف يقدم على ذلك فيها (قوله تحالفا) ولكن يبدأ بيمين الزوج عند ابى حنيفة ومحمد لان اول التسليمين عليه فيكون اول اليمينين عليه كما فى شروح الهداية نقلا عن الظهيرية (قوله واى بهما نكل الخ) جملة معترضة بين المعطوف والمعطوف عليه مقيدة بان هذه الدعوى تلزم بغير قضاء القاضى عند نكول احدهما بخلاف سائر الدعاوى ومن لم يعرف الفائدة عده زائدا مستغنى عنه لا يقال ان هذا داخل تحت حكم التحالف كما يظهر من قوله واى نكل الخ فى المسئلة الآتية فيكون تعرضه له هنا مستغنى عنه لانا نقول الاكتفاء بالتعرض له ثمه يوهم ان النكول هنا انما يلزمه دعوى الآخر بالقضاء كما هو المتبادر من السباق فذكره دفعا لذلك (قوله بل يحكم مهر المثل) اعلم ان التحالف اذا اختلفا فى المهر اذا لم يكن بينة ثم تحكيم مهر المثل على ما ذكره المصنف هنا قول ابى الحسن الكرخى وماسبق من تحكيم مهر المثل اولا اذا وافق ذلك قول احدهما ثم التحالف فى فصل واحد وهو ما اذا واقع مهر المثل بين قوليهما هو قول ابى بكر الرازى صرح بذلك فى عامة المعتبرات قال شمس الأئمة السرخسى فى مبسوطه قول الكرخى هو الاصح وقال فى المحيط وهو الصحيح وعلى هذا التصحيح اكثر ارباب الشروح منهم صاحب النهاية واختار الخصاف قول الرازى وقال قاضيخان وصاحب البدايع وهو الصحيح وعليه بعض الشراح منهم صاحب العناية وقد اختلف التصحيح وكل منهما قول على سبيل التخريج وفى مثله المفتى والقاضى مخير فى العمل بايهما صرح فى محله والمصنف لما لم يعل كل الميل الى احد الطرفين اثبت احدهما فى باب المهر والآخر فى هذا الكتاب اشارة الى ان كلا منهما معمول به من غير فرق ولله دره فى تدقيقه وهذا من محسنات كتابه كما لا يخفى (قوله فيقضى بقول الخ) اى بعد التحالف والتحكيم فظهر ان التحالف جار فى الصور الثلث المذكورة هنا وتحكيم مهر المثل بعد التحالف والقضاء بعد التحكيم وذا قول الكرخى وهو المراد هنا (قوله اختلفا فى بدل الاجارة) اى فى قدرها او نوعها او جنسها او وصفها كما فى الشروح (قوله قبل قبضها) قيد للكل من المسئلتين وهذا القيد معتبر المعطوف ايضا باعتبار عطفه بملاحظة قيد فى المعطوف عليه ولو اخره عن قوله اوفيهما لكان احسن ولم يقل قبضهما كما وقع فى بعض المتون اشارة الى ان جريان التحالف انما يكون قبل قبضها سواء قبض بدل الاجارة او لا (قوله وحلف المستأجر اولا الخ) لانه منكر لوجوب زيادة الاجرة مع تعجيل فائدة النكول ايضا وقوله وحلف الموجر الخ لانكاره وجوب زيادة المنفعة مع تعجيل فائدة النكول ايضا لا يقال ان الحاق عقد الاجارة الى عقد البيع فى التحالف يقتضى ان يبدأ بيمين المستأجر من غير فرق بين الاختلاف فى البدل والمبدل كما يبدأ بيمين المشترى من غير فصل كما سبق والظاهر ان هذا البدأ مقتضى النص فى المنصوص فيلزم تغيير حكمه فى الملحق لانا نقول التحقيق ان حكم النص مجرد ثبوت التحالف من غير تعيين من يبدأ باليمين والبدأ بكل منهما مستفاد من دليل آخر فلا يلزم تغيير حكم القبض وايضا ان المشترى هو البادى فى الانكار لان الثمن يطالب اولا فيكون انكاره قويا مع تعجيل فائدة النكول فيه وانكار المستأجر كذا فى صورة الاختلاف فى الاجرة كان انكار الموجر كذلك فى صورة الاختلاف فى المنفعة فلم يغير حكم النص حقيقة من جهة المعنى وان تغير صورة هذا ما استفدناه من تكملتى المفتين (قوله واى برهن الخ) اخر بيان احوال البرهان عن بيان احوال التحالف والنكول مع ان المصير اليها بعد العجز عنه لان

العمدة فى الباب بيان امر التحالف ولذلك قدمه اهتماما لشانه والباقى استطرادى فاخره (قوله بعد قبض المنفعة) اراد به القبض حقيقة اوحكما فيشمل التمكن من القبض ايضا لما سبق فى كتاب الاجارة ان التمكن منه يقوم مقامه فى وجوب الاجر (قوله تعذر فى كله ضرورة) وهى الاحتراز من تفرق الصفقة على البايع (قوله اختلف الزوجان) اطلقهما فشمل المسلمين اوالكافرين اواحدهما مسلم والآخر كافر حرين اورقيقين كبيرين اوصغيرين اذا كان الصغير يجامع كما فى البدايع وخزانة الاكمل وشمل كون احدهما حرا فقط الا ان هذا العام خص بما ذكر حكم هذا النوع فيما سيأتى واشار باختلافهما انهما حيان ولذلك فرع عليه حكم موت احدهما وقوله فى متاع البيت اطلق البيت فشمل ما كان ملكا لهما اولاحدهما لان العبرة لليد لا للملك كما فيهما اقول وشمل ما كان مستأجرا اوعارية لما ان العبرة لليد كما لايخفى (قوله قول الزوج مع يمينه) الا ان تقيم المرأة بينة على ان ذلك لها وهكذا فيما كان القول قولها ان الزوج لو اقام البينة يكون ذلك له كما فى الشروح وهذا هو المراد من قول المصنف ولا بينة لهما لان من كان له القول لاحاجة له الى اقامة البينة بل لاحكم لها لانها لو برهنا فبينة من له القول ساقط فرجح بينة الآخر ولو اقرت فيما يصلح له بشراء الزوج سقط قولها لانه اقرار بالملك له ثم ادعاه بالانتقال الى ملكها فلا تثبت الابالبينة كما فى البدايع اقول ينبغى ان يكون الحكم كذلك فيما لواقر فيما تصلح له بشراء الزوجة الى آخره من غير فرق بينهما ولم ارمن يصرح به وافاد صاحب البحران الزوج لو برهن على شرائه كان كاقرارها به فلابد من بينة على انتقاله ولا يكون استمتاعها به ورضاه دليلا على انه ملكها كما تدعيه كثير من نساء زماننا ومن يشبههن من العوام وقبله المقدسى بحسن القبول واقول وهكذا الحكم فيما لو برهنت على شرائها الخ من غير فرق تدبر (قوله كالفرش الخ) وفى القنية فى تجهيز البنات بعلامة (بخ) افترقا وفى بيتها امة نقلتها معها واستخدمتها سنة والزوج عالم به ساكت ثم ادعاها فالقول له لان يده كانت ثابتة ولم يوجد مزيل انتهى وانت خبير بان هذا دليل على ان الاستمتاع والرضاء به لم يكن دليلا على الملك كما لايخفى (قوله والمنزل) اطلقه فشمل المنزل الذى سكنا فيه فيكون القول للزوج فيه الا ان يكون لها بينة وفى الخزانة هو قول ابى حنيفة ولو برهنا قضى لها لانها خارجة معنى كما فى الخانية والعقار والمواشى والنقود تعرض لذلك مع انه لم يكن من امتعة البيت وقد وضعت المسئلة فيها لكونه فى حكمها تكملة للفائدة وهو فى ذلك مقتف اثر صاحب الكافى كما اقتفاه الزيلعى وجعل فى الخانية الصندوق مما يختص بالمرأة ويصلح لها فقط وقال المقدسى والظاهر خلافه وقال صاحب البحر وينبغى ان يجعل ما تصلح لهما اقول المتعارف فى ديارنا صندوق يخص المرأة غالبا له اربع قوايم وما لم يكن كذلك يستعمله الرجال غالبا واهل المتعارف فى زمن فخر الدين قاضيخان وديارهم انما تستعمله النسوان وقوله اظهر صفة اخرى لقوله ظاهرا (قوله حرا كان اورقيقا) هذا التعميم بناء على اطلاق اللفظ قبل مجئ المقيد الا انه لما جاء مقيدا بفائدة اخرى لم يكن كل منهما مستدركا فى موضعه فافاد الاول ان المشكل للحى مطلقا والثانية ان المتاع مطلقا للحى مطلقا وقيد بالاشكال لان الجواب فى غير المشكل فكما كان فى حال حيوتهما بالاتفاق كما فى الكافى والحصيرى وقوله فالمشكل للحى اى يجعل فى يده حتى يكون القول قوله مع يمينه وعلى الآخر البينة كما فى شرح الطحاوى (قوله هكذا ذكر فى الهداية الخ) ذكر هذا التفصيل فى عامة الشروح فى المسئلة الآتية بعد قولهم فخلت يد الحى عن المعارض الا ان المصنف لما عمم هذه المسئلة بالرقيق ذكره هنا لان مدار الحكم حيوة احدهما مطلقا لالكون احدهما حرا فيجرى هذا التفصيل فى قوله وللحى فى الموت

ايضا والديرى فى تكملته عمم الحى هنا وبنى عليه التفصيل المذكور كما فعل به المصنف وصرح
بالتفصيل ايضا فى قولهم وللحى فى الموت وصرح بان فخر الاسلام البزدوى قال فى شرحه
للجامع الصغير مثل ما قال به السرخسى وهكذا فى فوائد ارشد الدين على الهداية والمختار
فى مثله قول العامة ولذلك اختاره صاحب الهداية واقتفى اثره الماتنون ومن مسائل هذا الباب
ان الاختلاف لو فى نساء الزوج فتاعهن بينهن ان كن فى بيت واحد ولو فى بيت على حدة فما فى بيت
كل امرأة بينها و بين زوجها على ما مر ولا شركة لبعضهن مع بعض ولو اختلف الاب والابن
وكان احدهما فى عيال الآخر فالمتاع كله للآخر جزم به فى الخانية وذكر فى الخزانة قال محمد
رجل زوج بنته وهى وختنه فى داره وعياله ثم اختلفوا فى متاع البيت فهو للاب لانه فى بيته وفى يده
ولهم ما عليهم من الثياب انتهى واعترض عليه بانهم لم يعتبروا البيت بل اليد هى المعتبرة
اقول المعتبر كونهما فى عياله وذكر كونهما فى داره لتحقق العيالة كما لا يخفى وذكر فى مجمع الفتاوى
ان الاب وابنه كسبا فى صنعة واحدة ولم يكن لهما شئ فاجتمع معهما مال كله للاب ان كان
الابن فى عياله فيصير الابن معينا له كما فى غرسهما الشجرة وكذلك الحكم فى الزوجين فتصير
المرأة معينة له الا اذا كان كسب على حدة فحينئذ لها ما كسبته انتهى اقول يظهر منه
انه لو للابن كسب على حدة فحينئذ له ما كسبه بذلك وذكر فى البزازية تفصيل فى اشتراء الزوج
القطن وغزل المرأة فليطلب منه

﴿ فصل فيمن يكون خصما ومن لا يكون ﴾

لما ذكر احكام الدعوى من الصحة والحلف والتحالف ولم يذكر من يكون خصما ومن لا يكون لا نوعا
ولا افرادا شرع فى بيانهما الا انه ساق الكلام على بيان من لا يكون خصما لكونه قليلا يستحق
التقديم والعرب ابدا تقدم ذكر الاقل من كل مقترنين صرح به ابن عطية فى تفسير قوله تعالى
لا يغادر صغيرة ولا كبيرة لانه ينكشف منه ان من عداه مطلقا من يكون خصما لان الشئ يتبين
بضده فيكون كلا النوعين معلومين فلم يحتج الى التصريح ببيان من يكون خصما ايضا على انه
كثير عل ذكر انواعه او يتعذر فظهر ان انعقاد الفصل لبيانهما لا لبيان من لا يكون خصما
فقط وهو مراد من عنون الفصل بذلك ولله در المصنف فى الافادة لا يقال لم يكتف ببيان
احد الضدين عن الآخر حيث تعرض لبعض من يكون خصما ايضا لانا نقول ان تعرضه له
ليس لبيان النوع بل انما هو من حيث التبعية كما لا يخفى (قوله قال المدعى عليه هذا الشئ
اودعنيه الخ) اطلق قوله هذا فشمل انه قال ذلك وبرهن عليه قبل تصديقه المدعى فى ان
الملك له او بعد تصديقه كما فى تلخيص الجامع اوانكر كونه ملكا له فطلب من المدعى البرهان
فاقامه ولم يقض القاضى حتى دفعه المدعى باحد هذه الاشياء كما فى الشروح فظهر ان قوله
فى التصوير هو لفلان الغائب بناء لما فى الشروح فيحمل على التمثيل واشار بقوله هذا الشئ
الى ان المدعى به قائم اذ لو كان هالكا لا يندفع الخصومة فيقضى بالقيمة على ذى اليد للمدعى
ثم ان حضر الغائب فصدقه فيما قال ففى الوديعة والرهن والاجارة والمضاربة والشركة
يرجع المدعى عليه على الغائب بما ضمن ولا يرجع المستعير والغاصب والسارق كما فى العمادية والى
انه اعم من ان يكون منقولا او عقارا كما فى المبسوط وظاهر هذا القول على ان ذا اليد ادعى
ايداع الكل الخ ولو ادعى ان نصفه ونحوه ملكه ونصفه الآخر وديعة فى يده قيل لا تبطل
دعوى المدعى الا فى النصف واليه الاشارة فى بيوع الجامع الكبير كما فى الذخيرة وقيل تبطل
فى الكل وعليه كلام المحيط والخانية واختاره فى الاختيار ولكن قال صاحب العمادية فى هذا

القول نظر فيظهر منه ان المختار عنده عدم البطلان فى النصف ونقل ابن قاضى سماويه هذا النظر من غير تعرض (قوله و برهن عليه) اى على قوله بانه وديعة الخ خصه بالذكر مع انه ذكر فى الخلاصة والتلخيص انه لو علم القاضى انه وديعة عنده تندفع الخصومة بناء على ان المختار فى زماننا ان القاضى لا يقضى بعلمه كما افاده المقدسى هنا ولذلك لم يتعرض له المصنف ولو علم القاضى ان المدعى ملك المدعى وبرهن ذو اليد انه وديعة تندفع الخصومة لان علم القاضى بمنزلة البينة ولو اقام المدعى البينة كان الجواب هذا ذكره الاسبيجابى فى شرح الجامع وذكر فى الرشيدية ان ذا اليد لم يكن له اتيان البينة حتى قضى القاضى للمدعى تنفذ قضاؤه ولو اراد اقامتها بعد ذلك لا تقبل كما فى العمادية (قوله او اقام بينة) ان المدعى اقرانه لفلان ولم يزد الشهود على هذا الاقرار وذو اليد يقول ان ذلك الفلان اودعنيها لم يذكر محمد هذا الفصل ولكن الواجب اندفاع الخصومة عن ذى اليد صرح به فى العمادية مفصلا ويؤيده ماقالوا انه او برهن على اقرار المدعى ان فلانا دفعها اليه يندفع الخصومة عنه لاشتراكهما فى ان خصومة المدعى كانت مع فلان هذا واقول ان هذا كما ترى تنويع البرهان فى دفع الخصومة وبه لم تخرج المسئلة عن كونها مخمسة لا فى كونها خمس مسائل ولا فى ان يكون فيها خمس اقاويل ثم هذه المسئلة تسمى مخمسة كتاب الدعوى لان فيها خمسة اقوال لخمسة علماء وقيل لان صورها خمس ومازاد عليها يلحق بها فلا تزاد على الخمس نص على ذلك فى كتاب الدعوى والبينات كما فى البزازية ومن جملة مازاد عليها انه برهن على ان ارضا فى يده بالمزارعة من فلان الغائب فهى تلحق بالاجارة او الوديعة كما فى البزازية ايضا ومنها ما فى الخلاصة انه لو قال سرقته منه او اخذته منه او ضل منه فوجدته او قال اسكننى فلان فيها او ما فى المبسوط وكلنى صاحبه بحفظه وماسبق من العمادية كونه مال مضاربة او شركة فالكل راجع الى هذه الخمس الى الامانة او الضمان كما لا يخفى (قوله وقال ابو يوسف الخ) اختار قوله فى المختار وهو استحسان كما فى الخلاصة ومبسوط خواهر زاده وقال فى الغاية والحكم كذلك وان لم يعرف بالحيل لفساد زماننا وغلبة التزوير فيه والغالب كالمتحقق اقول وهذا اختيار منه قوله ايضا وكونه استحسانا يدل على رجحانه مطلقا لانه راجح على القياس الا فى صورة محصورة مذكورة فى كتب الاصول وذا ليس منها وقال فى البزازية وتعويل الائمة على قول محمد انتهى وترتيب الهداية على ان قول ابى حنيفة هو المختار وعليه اكثر المتون وانت كما ترى اختلاف الترجيح فى الاقوال الثلثة وهى ظاهر الرواية وفى مثله المفتى والقاضى مخيران بايهما يعملان مالم يكونا فى طبقة الاجتهاد والارجح لدى العبد الفقير اذا خلى والطبع ان يعمل هنا بما قال به ابو يوسف كما لا يخفى (قوله وقال ابو حنيفة الخ) اقتفى المصنف اثر صاحب الهداية هنا فى ترتيب الاقوال الخمسة وتأخير قول ابى حنيفة مع دليله ليدل على رجحانه كما ان افراد قوله بالذكر فى المتن يدل عليه وليس فى كلام المصنف ترك الاولى ولا ما يقدح فى ترتيبه كما لا يخفى واعلم ان القاضى لو لم يسمع دفع ذى اليد فى هذه المسائل وقضى ببينة المدعى كان قضاء على الغائب فينبغى ان يحلف على بقاء ملكه وفى نفاذه روايتان عندنا ونفاذه مطلقا عند الشافعى ولذا لم يذكر قوله فى المخمسة وبعض مشايخنا افتوا بعدم النفاذ كيلا يتطرق الى ابطال مذهبنا تذكر (قوله كما لو قال) اى ذو اليد شريته من الغائب اطلق الشراء فشمل ما يكون صحيحا او فاسدا لانه يفيد الملك مع القبض والشراء تمثيل والمراد به تلقى الملك من الغائب بشراء او هبة او صدقة مع القبض كما فى البزازية واطلاق الدليل وهو

قوله لانه يزعم الخ يدل على هذا الشمول ايضا (قوله اوقال المدعى غصبته الخ) اراد بالغصب والسرقة دعوى الفعل على ذى اليد فيشمل ايضا انه لوقال هذا عبدى اودعتكه اواستأجرته اوارتهنته منى او بعته منى ودفع ذواليد باحد ماذكر وبرهن عليه لايدفع الخصومة كما فى البدايع والبزازية (قوله ففيه خلاف محمد) حيث قال تندفع به و به قال زفر ايضا وهو القياس وماقال به ابو حنيفة وابى يوسف هو الاستحسان كما فى الشروح ولذا اختاره فى المتن (قوله فلو قضى عليه) اى فيما لم تندفع الخصومة صرح به فى الجاية وهو المراد فظهر ان هذا تفريع على مسئلة اوقال المدعى غصبته الخ وانما اخره الى هنا لان قوله بخلاف غصب منى متعلق بقوله قال المدعى غصبته فيكون تمام العبارة به على انه لااحتمال له ان يكون متفرعا على الخلاف حتى يذهب اليه الوهم تدبر كما لايخفى (قوله فان طلب المدعى يمينه) على ما ادعى من الايداع حلف على البتات هكذا فى اكثر النسخ وهو المطابق للكافى والبيانية ولما فى العمادية وجامع الفصولين بل هو المطابق لاصل الكل الجامع الصغير ومعنى هذا الكلام فان طلب مدعى الشراء يمينه اذا لم يكن له بينة على التوكيل كما فى التسهيل واذا لم يكن لذى اليد بينة على الايداع كما فى التكملة حلف على البتات ووجهه على مافى تلخيص الجامع الكبير وفى شرحه التنوير ان مدعى الاشتراء لما ذكر امر زيد بقبضه من اليد لم يندفع عنه الخصومة بقوله اودعنى زيد هذا لانه اثبت عليه حق نقل العين من يده اليه فصار خصما بظاهر اليد ثم انه لما صدق ذا اليد فى ان اصل اليد كان لزيد كان الظاهر شاهدا لذى اليد ومن شهد الظاهر له يصدق باليمين وانه يحتمل ان يصل الى يده من غير زيد بان غصب انسان من زيد ثم وصل من الغاصب الى ذى اليد فيكون امر زيد خلاف الظاهر واليمين على من يشهد له الظاهر فيحلف بالله لقد اودعه زيد اياه وانما حلف على البتات مع ان الايداع فعل الغير لان تمامه بفعله وهو القبول فيكون تحليفا على فعل نفسه فيقتضى البتات فان نكل يأمره القاضى بالتسليم الى المشترى هذا فظهر ان قوله من الايداع فى محزه و ان ماوقع فى بعض النسخ بعد هذا القول وفى بعض بعنوان منه فى هامشه من قوله اقول هكذا وقعت العبارة فى الكافى والظاهر ان يقع التوكيل موقع الايداع و يكون المعنى فان طلب مدعى الايداع يمين مدعى التوكيل بناء على ما ادعى من الايداع وعجز عن اقامة البرهان عليه حلف على البتات يعنى على عدم توكيله اياه لاعلى عدم علمه بتوكيله اياه فتدبر انتهى كلام ساقط من وجوه صحة مافى الكافى ومخالفة ماقاله الكتب المعتبرة وعدم معنى صحيح لقوله و يكون المعنى فان طلب مدعى الايداع الخ مع ان حق التصوير على ما زعمه ان يكون هكـذا و يكون المعنى فان طلب مدعى التوكيل عند عجزه عن اقامة البرهان يمين ذى اليد على عدم التوكيل حلف على البتات الخ على انه يظهر حينئذ محذور آخر وهو تحليف على البتات مع ان التوكيل فعل الغير وظهر انه لم يحتج الى جعل ذى اليد منكرا بنوع من الاعتبار ليتوجه اليه اليمين كما ظن وان كان موافقا لماسبق فى صدر الكتاب ان اليمين ابدا يكون على النفى هذا ماحصل لنا فى هذا المقام (قوله اودعنى وكيله) اى وكيل الذى يدعى المدعى الشراء منه لم يصدق الا ببينة يعنى لم يندفع عنه الخصومة الا ببينة لانهما تكاذبا فى الوصول حيث لم يثبت من جهة زيد لانكار ذى اليد ولا من جهة وكيله لانكار المدعى فلا بد من اقامة ذى اليد البينة حتى يندفع الخصومة كما فى المنبع ولوشهدوا ان زيدا دفعها الى الوكيل ولم يشهدوا ان الوكيل دفعها الى ذى اليد لم تندفع كما فى التبيين

واذا عجز عن البرهان وطلب ذواليد يمين المدعى يحلف بالله مايعلم دفع الوكيل لان الدفع فعل الغير ولم يكن تمامه منه فيكون التحليف على العلم فاذا نكل تندفع الخصومة كما في التنوير فظهر ان اليمين هنا انما يتوجه على المدعى لاعلى ذى اليد ولا تندفع الخصومة عنه بيمينه وان اشعر به تفقه صاحب التكملة تدبر

﴿ باب دعوى الرجلين ﴾

ذكر دعوى المتعدد بعد الواحد ظاهر المناسبة والمراد بدعويهما كون كل منهما مدعيا بان ما في يد الثالث له فيكون ذكر مايكون الدعوى فيه بين اثنين استطراد النوع مناسبة بينه وبين مسائل الباب كالمسئلة الفاتحة لتحقق مناسبة بينهما وبين مسائله وقد ذكرها صاحب الهداية في اوائل كتاب الدعوى واقتفى اثره صاحب الكنز قال صاحب التكملة ثم ليس لايراد هذه المسئلة ههنا وجه قوي يعتد به والمصنف تدارك المناسبة وان اقتفى فيه اثر صاحب الوقاية والمجمع وفي مثله التقديم انسب لان كل مافيه خلاف وان كان في محل الذكر يكون بيانه هو الاهم ومايكون بيانه اهم يكون اولى بالذكر فيقدم كما لايخفى (قوله فاذا نكل المدعى عليه الخ) تفرع هذا لماقبله ظاهر والفاء فصيحة والتقدير اذا عجز الخارج عن البينة وتوجه اليمين على ذى اليد فحينئذ اذا نكل الخ اتى به تحقيقا للمقام واجمل لكونه معلوما مما سبق تفصيله كما اجمل خلاف الشافعي لذلك ومثله يعد من محسنات هذا الكتاب فكيف يقدح فيه (قوله تقبل بينة ذى اليد بالاجماع) ولم يلزم انتقاض مقتضى القسمة لان قبول بينة ذى اليد انما هو من حيث ماادعى من زيادة النتاج وغيره فهو مدع من تلك الجهة والمراد بالقبض التلقي من شخص مخصوص مع قبضه فلا يرد ماقيل كون المدعى في يد القابض امر معاين لايدعيه ذواليد فضلا عن اقامة البينة عليه وقبولها بالاجماع فان قلت هل يجب على الخارج اليمين لكونه اذ ذاك مدعى عليه قلت لالان اليمين انما يجب عند عجز المدعى عن البينة وههنا لم يعجز كما في العناية اورد عليه بان مراد السائل هل يجب على الخارج اليمين عند عجز ذى اليد عن البينة والافلا تمشية لسؤاله اصلا انتهى يريد به ان الجواب لم يدفع السؤال بل هو باق ولم يتصد للجواب عنه اقول الظاهر ان يجب اليمين على الخارج عند عجز ذى اليد عن بينة فيما ادعى من الزيادة لانه مدع بالنسبة اليها ولهذا لزم عليه البرهان فيكون المدعى مدعا عليه بالنسبة اليها فيلزم عليه اليمين عند العجز عن البرهان وبينة المدعى لم تعمل مالم تسلم من دفع ذى اليد اذهو معارض لها ودعوى ذى اليد لم تسقط بعجزه عن البرهان عليها بل يتوجه اليمين على من كان في مقابله كما هو شان الدعوى فيحلف على عدم العلم بتلك الزيادة فان حلف يحكم للمدعى ببينته لكونها سالمة عن المعارض وان نكل يكون مقرا او باذلا فيمنع ويبقى المدعى في يد ذى اليد نعم لايجبر الخارج على الجواب عن دعوى ذى اليد لو ترك دعواه لعدم كونه ذااليد لالقصور في كون ذى اليد مدعيا فيما ادعاه كما توهمه صاحب التكملة هذا هو التحقيق تدبر (قوله اذا كان اى التاريخ من الطرفين) اشار به الى انه لو كان من طرف دون آخر ليس كذلك بل حينئذ على قول ابى حنيفة ومحمد الخارج اولى وعلى قول ابى يوسف وهو رواية عن ابى حنيفة صاحب الوقت اولى كما في الهداية (قوله برهنا على مايد آخر) اراد به دعواهما الملك المطلق فيخرج ما اذا ادعيا ملكا بسبب اوتاريخ معين ويدخل فيه مالو برهنا على عبد في يد رجل احدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما كما في القنية واطلق مافي يد آخر فشمل مالو ادعيا وقفا فهو كدعوى ملك مطلق باعتبار ملك الوقف ان لم يورخا فهو بينهما

نصفان وان ارخا فهو للسابق منهما كما فى القنية ايضا ولافرق فى ذلك بين ان يدعى ذواليد الملك فيه اوالوقف على جهة اخرى كما فى البحر ولودفع ذواليد بانه مودع فلان ونحوه و برهن تندفع خصومة المدعى كما فى الاسعاف وقيد ببرهانهما اراد به معا اذلو برهن احدهما اولا حكم له بالكل فلو برهن الخارج الآخر ثانيا يحكم له بالكل فيكون المقضى له اولا ذا يد بالقضاء له وان لم يكن العين فى يده حقيقة بخلاف البرهان على النكاح كما سيأتى فيه ولولم يبر هنا حلف ذواليد فان حلف لهما ترك بيده قضاء ترك الاستحقاق حتى لو برهنا بعد ذلك يحكم لهما و بعد ذلك اذا اقام صاحب اليد بينة انه له لا تقبل وكذا احد المستحقين اذا ادعى على صاحبه و برهن انه ملكه لاتقبل لكونه صار مقضيا عليه كما فى النهاية (قوله و برهنا) اى الخارجان بلا تاريخ وعليه وضع المسئلة ولذلك تركه فى المتن واتى به فى التصوير وكذا لوارخا على السواء كما فى البرجندى (قوله على الشراء منه) وكذا لو برهنا على ذى اليد انهما اودعاه يقضى به بينهما نصفين ثم فيه وفى مسئلة الكتاب اذا اقام احدهما على الآخر بينة انه له لم يسمع واذا اقام احدهما البينة على دعواه ولم يقم الآخر واقام شاهدا واحدا اوشاهدين ولم يزكيا فقضى به لصاحب البينة ثم اقام الآخر بينة عادلة يقضى به للثانى على المقضى له الاول كما فى خزانة الاكمل و ذكرا الشراء به فقط لهما اذ لو ادعى احدهما الشراء مع العتق و الآخر الشراء فقط يحكم لمدعى العتق لانه بمنزلة القبض كما فى الخزانة ايضا وقيد بكون الشراء من ذى اليد اذلو ادعياه من غير ذى اليد فسيأتى و ظاهر اطلاقه على انه لااعتبار بتصديق ذى اليد احدهما كما فى العمادية (قوله بعد القضاء) اشار به الى انه لوترك احدهما قبل قضاء القاضى به بينهما يكون للآخر ان يأخذ الجميع كما فى الهداية واشار باللام فى للاخر الى ان الخيار له باق كما فى العناية وقال صاحب العناية بعد ذكر هذه الاشارة وذكر بعض الشارحين الخ اراد به الاتقانى وعبارته فى الغاية فان اختار احدهما الاخذ ورد الآخر ان كان قبل القضاء فانه يأخذ الذى اختار جميع الدار ولاخيار له لانه الذى اختار الاخذ اثبت شراءه فى جميع الدار وانما يقضى بالنصف لمزاحمة الآخر فاذا رد الاخر فقد زالت المزاحمة وشراؤه قائم فى جميع الدار فكان له ان يأخذ جميع الدار انتهى فظهر ان معنى عبارة الهداية يثبت له ان يأخذ الجميع بلا خيار وذا محتمل فيحمل عليه لدليل ذكره الاتقانى وان اراد المصنف قوله وذكر بعض الشارحين الخ نقلا عن العناية من غير ان يذكر ما يبتنى عليه وهو الخيار للآخر فى اخذ الجميع قبل القضاء يكون ايجازا مخلا كما لا يخفى (قوله وهو اى ما ادعاه شخصان) اى بانه اشتراه كل منهما من ذى اليد وهو المراد كما فى الهداية وانما قيد به لان كل واحد منهما لو ادعى من غير صاحب اليد من واحد او اثنين فحكمهما ليس كذلك سيجئ مفصلا (قوله فاندفع للآخر به) ولو قبض البايع الثمن منه رده اليه كما فى السراجية (قوله ولذى يد ان لم يورخا) ولم يقل والا فلذى يد مع انه اخصر كما وقع فى الكنز اشارة الى ان هذه المسئلة مبتدأة لم تدخل تحت اصل مسئلة سابقة مفروضة فى خارجين تنازعا فيما فى يد ثالث وهذه ما يكون لاحد قبض وخارج تنازع معه وذكرها هنا لمناسبة بينهما و بين السابقة وهى دعوى ذى اليد والخارج الشراء من واحد كما ان دعوى الخارجين منه وما ادرجها صاحب معراج الدراية به تحت السابقة انه يراد ان احد الخارجين اثبت قبضا سابقة وهو الآن بيد البايع فهو تكلف على انه يأبى ذلك ما ذكره بعده عن الذخيرة ان ثبوت اليد لاحدهما بالمعاينة و يؤيد ما قلنا قوله فى المسئلة الآتية بلا يد لهما بيانه انه لما كانت هذه مسئلة مبتدأة فى الخارج وذى اليد وكانت الآتية من قبيل السابقة احتاج فيها الى قوله بلا يد لهما نعم لوقدم الآتية على هذه المسئلة

لم يحتج الى تصريح هذا القيد كما فعله صاحب الكافى وكان احسن فى الترتيب اذا ظهر لك
صحة عبارة المصنف هنا فلا تسمع كلام من لم يصححها (قوله وتحقيقه يتوقف على مقدمتين)
مأخوذ من العناية بعينه واضافة الحوادث الى اقرب الاوقات ضابط كلى ابتنى عليه مسائل جمة
جمعها صاحب الاشباه فى قاعدة اليقين لايزول بالشك وقد صرح الكمال ابن الهمام فى باب
ثبوت النسب ان هذا ضابط كلى يعتبر اذا لم يتضمن تلك الاضافة ابطال ما كان ثابتا بالدليل
اوترك العمل بالمقتضى اما اذا تضمنت فلا تعتبر وفصل بما لامزيد عليه وقوله والثانية ان مامع البعد
بعدية زمانية فهو بعد يعنى ان ما صاحب التأخر تأخرا زمانيا فهو متأخر فى الاعتبار شرعا
واصطلاحا واستعمال بعد اسما بلا ظرفية لم يشتهر ومثله فى كلام المصنفين غير بعيد بل هو
معتبر جدا لان من ديدنهم انفهام المراد ولو باعتبار السباق والسياق وتطبيق هذا الضابط
لما نحن فيه (قوله فقبض القابض) واسم كان عائد الى قبض القابض وقوله من ذلك اى من
كون القبض بعد شراء القابض (قوله بلا يد لهما) قيد به لانه لو كان لاحدهما يد وارخ احدهما
يكون المدعى لذى يد وهو منطوق المسئلة السابقة على هذا و بنى على هذا المفهوم (قوله
يعنى اذا ذكر) فظهر ان هذا التفسير لم يكن اجنبيا عن المفسر وانما لم يورد فى السابقة لئلا
يجتمع كلا التفسيرين لمسئلة نعم لو ادرج هذا التفسير فى التفسير السابق بان يقول وانما لم يعتبر تاريخ
احدهما لانه لو كان من ذى اليد فعدم اعتباره ظاهر لانه مستغنى عنه واما لو كان من الخارج
فلانه بذكر الوقت الخ لكان احسن لان بيان المنطوق اولى من بيان المفهوم كما لا يخفى (قوله
يعنى ان بين) الظاهر انه من طغيان القلم من برهن واراد برهانهما معا اذ لو برهن احدهما
وحكم له به ثم برهن الآخر على نكاحها لا يقبل كما فى الشراء وهكذا فى نسب المولود بخلاف
الملك المطلق حيث يحكم للثانى كما فى البزازية وقد سبق التفصيل فيه (قوله مسقطا) هذا
السقوط على انها حية وعليه تصور المسئلة ولذلك لم يقيد به ولو كانت ميتة فبرهنا على
نكاحها بلا تاريخ او بتاريخ واحد او بتاريخين مستويين يقضى بالنكاح بينهما و على كل
واحد منهما نصف المهر ويرثان ارث زوج واحد وان جاءت بولد يثبت نسبه منهما و يرث
من كل منهما ارث ابن كامل ويرثان منه ارث اب واحد كما فى الخلاصة (قوله فهى لمن صدقته)
يريد به انه اذا سقط البرهان يرجع الى تصديقها لاحدهما كما فى الهداية قيد به لانه لو لم تصدق
احدهما يفرق بينها و بينهما لانهما استويا فى الدعوى فان كان قبل الدخول لا يقضى على
واحد منهما بشئ من المهر ولا عليها بالعدة كما فى غاية البيان (قوله الا ان تكون الخ) استثناء
مفرغ من اعم الاحوال المقدرة اى فهى لمن صدقته فى جميع الاحوال فظهر منه ان تهاتر
البرهانين اذا لم يوجد احد هذين القيدين بعد انتفاء التاريخ اوتسا و يهما والاستثناء الثانى
استثناء من الاول مفرغا على تقدير وجد ان احدهما وقوله فالحاصل الخ تحقيق لطيف موافق
لما فى منية المفتى من انه لا يعتبر فيه الاقرار واليد فان سبق تاريخ احدهما يقضى له انتهى (قوله
وان صدقت غير ذى برهان) اى قبل ان يقيم احدهما البينة هذا هو المراد وهو مقتضى قوله
فان برهن الآخر الخ وهو الموافق لما فى الهداية والكافى وغيرهما وذكر فى البزازية والخلاصة
انه لو برهنا على نكاحها لم يترجح احدهما الا بسبق التاريخ او باليد او باقرارها او بدخول
احدهما بها فان وجد احد الثلثة الاخيرة لاحدهما و برهن الآخر على السبق فهو اولى
وان ارخ احدهما وللآخر يد فصاحب اليد اولى وان اقرت لاحدهما وللآخر تاريخ فالمرأة

للذى

للذى اقرت انتهى وانت خبير بانه لبس فيه مايخالف ما فى المتن لان هذا التفصيل مع تفريعة مبنى على ان لكل منهما برهانا على نكاحها بخلاف ما فى المتن كما لايخفى ولكن يظهر من هذا ان اعتبار التصديق اذا لم تكن المرأة فى يد من كذبته اولم يكن دخل بها اما اذا كانت فى يده اودخل بها فلا اعتبار بتصديقها لان هذا دليل على سبق عقده وقيد بقوله فان برهن الآخر لانه لو برهنا بعد التصديق لاحدهما فان ارخا فالسابق اولى وان لم يورخا فالذى زكى برهانه اولى وان لم يزك برهانهما اوزكيا فعند بعض المشايخ يقضى للذى صدقته سابقا وهو الاقيس وعند بعضهم لا يقضى لواحد منهما كما فى المحيط (قوله ثم لا يقضى لغيره) الضمير المجرور عائد الى ذى برهان معطوف على جملة وان صدقت ولم يجز عطفه على قضى له فظهر ان هذه مسئلة مبتدأة لاتعلق لها بمسئلة التصادق وكلام المصنف هنا عبارة ونسق مسئلة بمسئلة لبس فيه خفاء فى تأدية المراد كما لايخفى على من نظر بنظر الانصاف (قوله الشراء والمهر اولى الخ) يريد به ان احدهما ادعى الشراء والمهر والآخر هبة اوصدقة مع قبض والعين فى يد ثالث وبرهن كل منهما على مدعاه ولم يورخا وارخا على السواء فالشراء اولى وكذا المهر هذا هو المراد بقرينة السوق ومثل هذا الاجمال مغتفر فى نحو المتن فظهر منه انه لوارخا مختلفا فالاسبق اولى وان ارخ احدهما دون الآخر فالمورخ اولى وانه لو فى يد احدهما يقضى له سواء كانا لم يورخا اوارخ احدهما اواتحد تاريخهما وانه لوفى يديهما يقضى بينهما الا فى اسبق التاريخ فهوله كدعوى ملك المطلق وكل هذا اذا كان المملك واحدا كما فى الشروح واشار المصنف الى ان الشراء والمهر سواء فينصف بينهما سواء كان المدعى فى يد ثالث اوفى ايديهما كما فى البحر الرائق والمرأة ترجع على الزوج بنصف القيمة والمشترى بنصف الثمن ان اداه وله فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه هذا ان لم يورخا اوارخا واستوى تاريخهما فان سبق تاريخ احدهما كان اولى كما فى البيانية وكذا اذا ارخ احدهما فالمورخ اولى وكذا اذا كان احدهما ذا يد فهو اولى الا اذا برهن الخارج على السبق كما فى البرجندى هذا كله عند ابى يوسف وهو الراجح وعند محمد الشراء اولى (قوله على ملك مطلق مورخ) قيد به لانه لو لم يورخ فقد سبق حكمه وهو القضاء بينهما وقيد الشراء بالتاريخ لانه لو لم يورخ فقد سبق تفصيله وقيد بكون الشراء من واحد لان حكم شرائه من اثنين سيجئ وبكون البايع غير ذى يد لئلا يلزم التكرار لان كون البايع زايد قد سبق وهذا القيد لبس قيدا احترازيا يختلف به الحكم لما صرح به شراح الهداية ان دعوا هما الشراء على ذى اليد وعلى غير ذى اليد فى الحكم سواء بعد ان يكون البايع واحدا هكذا ينبغى ان يتحقق المقام فظهر ان ماذكره المصنف من الاحتراز ايجاز مخل وان من صوب ان يكون هذا القيد احترازا عما اذا برهنا على ملك مطلق اوشراء مورخ من ذى اليد لم يصب تدبر كما لايخفى (قوله فلا يتلقى الملك الامن جهته) اى من جهة صاحب التاريخ السابق والمفروض ان الآخر لم يدع التلقى منه (قوله واو برهنا على شراء متفق تاريخهما من آخر يعنى قال احد الخارجين اشتريته من زيد والآخر قال اشتريته من عمرو وذكرا تاريخا واحدا كان بينهما لاستوائهما وان كان تاريخ احدهما اسبق كان اولى على قول ابى حنيفة وهو قول ابى يوسف آخرا وهو قول محمد فى رواية ابى حفص وعلى قول ابى يوسف الاول يقضى بينهما نصفين كما فى غاية البيان وهو الموافق لما فى مبسوط خواهرزاده وبه صرح صاحب النهاية ومعراج الدراية والعناية والبيانية عبارة الهداية وحملوها عليه

وذاعبارة متن المصنف ولكنّ ظاهر شرحه هنا بناء على ماسبق تصريحه انه لااعتبار لسبق التاريخ عند اختلاف المملك فقتضى ذلك انه بينهما نصفان وان سبق تاريخ احدهما وهو المصرح فى الكافى وتبعه صاحب الكفاية والامام الزيلعى وهو رواية عن محمد والاول ظاهر الرواية كما فى الخانية والذخيرة والبدايع فظهر ان مافى المتن هو ظاهر الرواية وانه قول اكثر المجتهدين واكبرهم ولذلك حملوا عبارة الهداية عليه وان احتملت ان كلامنهما ذكر تاريخا غير تاريخ صاحبه وان الشرح لم يوافق المشروح وان المتن متين لايطار غرابه تدبر (قوله اووقت احدهما فقط) يعنى اذا ادعى الخارجان شراء كل منهما عن رجل غير الاخر وبرهنا وارخ احدهما دون الآخر قضى بينهما ومثل هذا الايجاز قريب من المخل الا انه يغتفر لظهور المراد بقرينة المقام ثم قبول البرهان على الشراء انما يكون ان لو ذكر الشاهد ان ملك البايع يوم بيعه اومايدل عليه من نقد الثمن اليه وتسليمه المبيع الى المشترى كما فى الخزانة والسراج هذا اذالم يكن المبيع فى يد البايع امااذا كان فى يد البايع فيقبل من غير ذكر ملكه كما فى البزازية (قوله على تقدم الملك) اى ملك البايع وبالجملة الاستحقاق هنا لمن كان ملك بايعه اقدم لالمن كان شراؤه اقدم فقط فتوقيت احدهما شراءه لايدل على ذلك كما لايخفى (قوله وذو يد على الشراء منه) قيد به لانه اذا اقام كل منهما بينة على ملك مطلق كان بينة الخارج اولى عندنا وقدسبق تفصيله فى صدر الباب ولانه لوادعى الخارج الملك المطلق وذواليد الشراء من فلان وبرهنا وارخا وتاريخ ذى اليد اسبق فانه يقضى للخارج كما فى الظهيرية قيل هنا قيد لازم اهمله صاحب الدرر وهو ولم يذكرا تاريخا ذكره صدر الشريعة انتهى اقول هذا القيد مستدرك هنا لان برهان ذى اليد على الشراء من الخارج اعتراف منه ان ملكه تقدم الا انه اثبت تلقى الملك منه فيحكم له هذا هو الظاهر واسناده الى صدر الشريعة فرية بلامرية وعدم حسن ظنه للمصنف كانه اعمى واصم لان صدر الشريعة اتى بهذا القيد فى مسئلة برهان كل واحد من ذى اليد والخارج على الشراء من صاحبه وسيجئ هذه المسئلة مع هذا القيد فظهر من هذا ان تفسير هذا القائل قول المصنف فذواليد اولى بقوله قال صدر الشريعة سقطت البينتان وترك المال فى يد صاحب اليد وعند محمد يقضى للخارج ساقط كتفسيره الاول كما لايخفى (قوله برهن كل من الخارج) وذواليد على النتاج ونحوه قيد بتنازعهما اذلوتنازع خارجان فيما فى يد الآخر وبرهنا على النتاج ونحوه فانهما يستويان ويقضى به بينهما كما فى الكافى للحاكم والمراد بالبرهان على النتاج ونحوه برهان على انه نتج اونسج فى ملكه فمجرد الشهادة بكونه ولد دابته او ولد امته وولادته وانسجاج الثوب عنده لايقضى له به كما فى خزانة الاكمل ولم يحكم بتهاتر البرهانين وان استحال نتاجه من دابتين ونسجه مرتين لما صرح فى البزازية وغيره ان الشاهد لوعاين دابة تتبع دابة وترتضع فله ان يشهد بالملك والنتاج وصرحوا ان بروئيتها ترضع من الاثنين تحل الشهادة للفريقين ومن ذلك لايحلف ذواليد للخارج وهو الصحيح واليه ذهب عامة المشايخ وعند عيسى بن ابان يحلف ويترك فى يده والاصل فى الباب النتاج وحكمه استحسان بالحديث ومافى معناه يلحق به بدلالة النص كما فى الشروح (قوله وهو مثل الخز) هو ثوب تتخذ من وبر غنم البحر فاذابلى يغزل مرة اخرى ثم ينسج وقوله يرجع الى اهل الخبرة وفى مثله الواحد يكفى والاثنان احوط كما فى النهاية نقلا عن المبسوط والذخيرة (قوله بحديث النتاج) وهو ماروى عن جابر ان رجلا ادعى بين يدى رسول الله عليه السلام نتاج ناقة فى يدى رجل اقام كل منهما

بينة على النتاج فى يد * فقضى رسول الله عليه السلام بالناقة لصاحب اليد (قوله ولو عند بايعه لووصلية والضمير المجرور كما يحتمل ان يرجع الى كل من الخارج وذى اليد يحتمل ان يرجع الى المدعى فشمل باتيانه على الوصل مالوادعى احدهما النتاج فى ملك نفسه والآخر فى ملك بايعه) كما فى خزانة الاكمل واراد بالبايع من يتلق منه الملك فشمل المورث كما فى القنية وقيد بكون المدعى نتاجا اذلو برهن الخارج انهذه امته ولدت هذا الولد فى ملكه و برهن ذ واليد مثل ذلك يحكم بها للمدعى لانهما ادعيا فى الامة ملكا مطلقا فيقضى بها للخارج ثم استحق الولد تبعا كما فى الخانية فظهر ان ذا اليد انما تقدم فى دعوى النتاج على الخارج اذا لم يتنازعا فيه مع الام اما لوتنازعا فيها فى الملك المطلق وشهدوا به وبنتاج ولدها فالخارج يقدم فهذه مما لابد فى حفظها لانه خلاف المتبادر (قوله الا اذا ادعى الخارج عليه فعلا) اى على ذى اليد قيد به الا انه لبس للاحتراز لانه لوادعى على نفسه فعلا ايضا مثل دعوى النتاج مع الاعتاق اوالتدبير اوالاستيلاد فيكون بينته اولى ايضا لانها اكثر اثباتا حيث اثبت اولية الملك على وجه لايتصور الاستحقاق عليه وتفرع على هذا ان ذا اليد لوادعى النتاج مع التدبير اوالاستيلاد والخارج لوادعاه مع الاعتاق اوكان دعواهما على العكس ففى الاولى بينة الخارج اولى وفى الثانية بينة ذى اليد اولى لانها اكثر اثباتا وتمامه فى المحيط (قوله اوادعى الخارج ملكا مطلقا الخ) تبع المصنف فيه مافى العمادية كما تبعه ابن قاضى سماونه ولم يتفطنوا ان ماذكر فى الذخيرة من الحصر لم يصح لما صرح به فى المحيط من انه لا فرق بين ادعاه الخارج الفعل على ذى اليد وادعائه على نفسه لما عرفت وانه قد قال فيه انه اذا ادعى الخارج العتق مع الملك المطلق وذو اليد ادعى النتاج فبينة ذى اليد اولى لانهما لم يستويا فى اثبات اولية الملك اذالخارج لم يثبت له الملك فلم يعتبر العتق للترجيح انتهى وعليه مافى المبسوط ايضا فظهر ان بينة الخارج على فعل ذى اليد مع الملك المطلق للخارج لم يكن اولى وان مانقل من المبسوط انما يخالف ماذكر فى الذخيرة بناء على ترجيح ادعاء الخارج الملك المطلق مع فعل على ذى اليد على ادعاء ذى اليد النتاج وقدعرفت فساد هذا الترجيح وظهر ايضا ان لبس فيه روايتان كما ظن المصنف واستنبط من العمادية تدرب وتدبر (قوله فذو النتاج اولى لان برهانه الخ) وكذا اذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكر كما فى البحر الرائق (قوله اذا لم يدع) متعلق بقوله انما يترجح وقوله مع ذلك اى مع النتاج اوالملك المطلق وقوله وهذا اى ماذكره الفقيه ابو الليث خلاف مانقل عن الذخيرة (قوله برهن كل على الشراء) قيد بالشراء لانه لو برهن كل على اقرار الآخر انهذا الشئ له فانهما يتهاتران ويبقى فى يده بالاجماع لما سيجئ وقيد بلاوقت اى بلاتاريخ لانهما اوارخا يقضى به لصاحب الوقت الاخر كما فى خزانة الاكمل وان استوى تاريخهما اوارخ احدهما فقط ترك فى يد ذى اليد ايضا قضاء ترك لاقضاء استحقاق كما فى غاية البيان يعنى بغير قضاء كما فى الكافى (قوله لان القبض) اى قبض ذى اليد دليل سبق شرائه كما مر من ان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه وقوله ولا يعكس اى ولايجعل كان الخارج اشترى من ذى اليد اولا ثم باعدمنه (قوله فصار) اى بامره هذه المسئلة وقوله هنا اى فيما نحن فيه (قوله يقضى لذى اليد عندهما) هكذا فى الهداية وعامة الشروح ولكنه مخالف لما اسلفنا من التحقيق فى فصل بيع العقار قبل القبض ان بيعه لبايعه قبل القبض لايجوز بالاتفاق ولا ينتقض به البيع الاول فهذا يقتضى ان يقضى للخارج عندهما ايضا واذا ثبت ماذكروا هنا عن رواية فيحمل

على اختلافهما وعن تفقه فيكون ناشيا عن الغفلة من الفرق بين بيعه قبل القبض من البايع و بين بيعه من الاجنبي تدبر (قوله بسبب آخر) من اجارة او اعارة اوغيرهما (قوله فلان الترجيح لايقع بكثرة العلل) بل الترجيح يقع بقوة العلة ولذلك يرجح شهادة العدل على شهادة المستور كما يرجح كون احد الخبرين اوالآيتين مفسرا اومحكما على الآخر وهو ظاهر اونص وباقي التفصيل في الاصول مستوفيا ولكن اعترض عليه القاءاني في شرح المغني ان عدد الشهود اذا بلغ حد التواتر ينبغي ان يرجح على من لم يبلغه قياسا على الخبر ولم اظفر على الرواية انتهى اقول قد ذكر في التحرير وشرحه ماحاصله فرق بين الشهادة والخبر لان السمع ورد في الشهادة على خلاف القياس بان يكون نصا بها اثنين فلا يكون لكثرتهم قوة زائدة تمنع مااعتبره السمع في الطرف الاخر بخلاف الرواية في الخبر فان الحكم فيه نيط برواية كل من الرواي فلاشك ان كثرتهم تزيد الظن والقوة فيه فافترقا على ان فيما ورد فيه النص لايؤثره القياس تدبر (قوله فلان المعتبر في الشاهد اصل العدالة) بل المعتبر فيه الولاية الثابتة بالحرية والقياس فيه سواء والعدالة شرطت لظهور اثر الصدق حتى وجب على القاضي القضاء ولذلك لم يلتفت الى زيادة قوة في العدالة وباقي التفصيل في شرح المغني لسراج الدين الهندي (قوله ومدعى النصف سهما واحدا) عطف على معمولي عاملين مختلفين وهذا العطف لامنع له عند من يجوز العطف على معمولي عاملين مختلفين وانما المنع فيما كان احد المعطوفين مجرورا مؤخرا فقط وما نحن فيه من قبيل زيد بلازم الدار وعمرو الحجرة صرح به السيد عبدالله في شرح اللب وجاز عطفه على المستكن في يأخذ لوجود الفصل فيكون من قبيل العطف على معمولي عامل واحد وذا جائز مطلقا بالاتفاق (قوله اذا اجتمع فيه بينة الخارج) تعليل لكون النصف له على وجه القضاء وقوله وهو الذي الخ جملة معترضة بينهما لبيان النصف المقضي به وقوله ونصفها الخ عطف على نصفها واعراب الباقي كالسابق وقيد المسئلة ببرهان مدعى الكل اذ لو لم يبرهن يحلف مدعى النصف فان حلف انقطع الدعوى فتترك الدار في ايديهما وان نكل فهي للثاني ايضا ولاحلف على مدعى الجميع وذا ظاهر كما في غاية البيان قال صاحب العناية الاصل في هذه المسئلة ان دعوى كل واحد من المدعيين تنصرف الى ما في يده كيلا يكون في امساكه ظالما حملا لامور المسلمين على الصحة وان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد انتهى اعترض عليه المولى احمد الشهير بقاضي زاده في تكملته بان الذي ينصرف دعواه الى ما في يده انما هو مدعى النصف وهو المذكور في الكافي وتبيين الزيلعي وغيرهما ومدعى الكل يدعي انما في ايديهما حقه فلا يحتمل كونه ظالما فيما في يده اذ لانزاع لمدعى النصف فيه وكون مدعى الكل خارجا باعتبار انصراف دعوى مدعى النصف الى ما في يده هذا خلاصة كلامه وهذا اعتراض حق غير مندفع واما دفع المولى زكريا في تكملته ذلك الاعتراض بكلام طويل وان لم يكن دأبه فناش من التعسف وخروج من الانصاف ودعوى موافقة كلام صاحب الكافي فرية بلامرية تدرب (قوله برهنا على دابة قبل) اي برهن الخارجان كما وقع في لفظ الوقاية انتهى اقول كان هذا القائل لم ينظر الى قوله مطلقا فيخص المسئلة الى نوع (قوله لان المعنى لايختلف عدم اختلافه) انما هو فيما ارخا و وافق سنها تاريخ احدهما هذا هو المصرح به في تبيين الزيلعي والظاهر مما بعده كما لايخفى (قوله وارخا) قيد به لانه لو لم يورخا يحكم لذي اليدان كانت في يد احدهما ولهما ان كانت في يدهما اوفي يد ثالث ذكره الزيلعي (قوله بان لم يوافق التاريخين

اراد به عدم العلم بالموافقة بقرينة مقابلة مخالفة سنها التاريخين مع انه تفسير الاشكال وذا انما يكون
باحتمال موافقة السن ومخالفته وعدم الموافقة قطعا انما يكون في المخالفة وقوله والا اى وان كانت الخ
اشار به الى ان الا هنا مركب من ان ولا ومورد استعماله في مقابلة الشرطية المثبتة فحق العبارة هنا ان
يقال وان اشكل فلذى اليد ان كانت في يد احدهما والا فلهما وقد يستعمل في مقابلة المنفية كما هنا اما
مسامحة لظهور الامر واما لان دخول النفي على النفي يفيد الاثبات اذ التقدير وان لا يكن عدم كونه
في يد احدهما فقط ومعناه وان كانت في يد احدهما وقوله وان خالف الخ جوابه قوله كانت لهما
وجعل جوابه في الشرح قوله بطلت لتصوير المقام وتفصيل الكلام ومثل هذا من ديدن الشراح
فظهر ان لا غبار في كلامه ولكن بقي فيه كلام من جهة اخرى وهو ان قوله وان خالف الوقتين
كانت لهما الخ لما لم يكن مخالفا في الحكم للمعطوف عليه لم يصح المقابلة به بل اللايق على المصنف
ان يقول هكذا وان اشكل اوخالف الوقتين فلهما ان لم يكن في يد احدهما فقط والا فلا واعلم
ان سن الدابة لو خالف الوقتين ففيه روايتان في رواية يقضى لهما وفي رواية تبطل البينتان
صرح به الامام قاضيخان في فتاواه من غير ترجيح احدهما على الاخرى و بطلانهما رواية
ابي الليث الخوارزمي اختاره الحاكم الشهيد حيث قال وهو الصحيح وتبعه صاحب الهداية ومن
تابعه والقضاء بينهما ظاهر الرواية اختاره في المبسوط حيث قال وهو الاصح وتبعه الزيلعي
ومن تابعه وقد اختلف التصحيح والرجحان لظاهر الرواية وقد سبق غير مرة هذا زبدة
ما في الشروح والفتاوى فظهر ان المصنف اختار ما هو الارجح (قوله قال الزيلعي الاصح
الى قوله وليس بشئ وقوله لان اعتبار) تعليل لكلا قوليه يقضى وقوله والاول اى بطلان
البينتين وقوله لما ذكر وهو قوله لان اعتبار الخ (قوله يقضى بها) اى لهما بدل من كانت لهما
اوحال من اسم كانت اى مقضيا بها وفي كل من الوجهين بيان ان اشتراكهما فيها انما يكون
بعد قضاء القاضي (قوله برهن احدهما على غصب بشئ) اطلقه فشمل ما كان العين في يد
ثالث اوفي ايديهما لما سبق غير مرة ان لا فرق بينهما وصور المتن على الثاني اهتماما لانه افادته
بالنظر الى ظاهر ما في الهداية واشار بذكر الغصب والايداع الى انهما سواء في الدعوى
كما في الخلاصة ومن حمل هذه الافادة على السهو فقد سهى نفسه كما لا يخفى (قوله على
الغصب) اى على غصبه منه ويده عليه يد غصب وكذا حال الوديعة واما اذا كان عين في يد
ثالث وادعى احد الخارجين الغصب والآخر الوديعة عنده فظاهر ولذلك تركه وادعاء
الوديعة والبرهان عليها تتضمن جحد ذي اليد اياها فتنقلب غصبا كما لا يخفى (قوله ادعى الملك
في الحال) هذه المسئلة موضعها الانسب باب الاختلاف في الشهادة واتى بهذه المسئلة
زيادة على سائر المتون لانها مهمة اذ قد صرح في الفتاوى ان الشهادة باستصحاب الحال
لم تقبل وفرع عليه مسائل جمة وهذه الشهادة من هذا القبيل الا انها قبلت دفعا للحرج كما
في جامع الفصولين اطلق الملك فشمل العين والدين والاستمتاع فاذا ادعى دينا وشهدا انه
كان عليه كذا قيل لا تقبل كما في القنية وقيل تقبل وايده في العمادية واذا ادعت نكاحه فشهد
احدهما انها امرأته والآخر انها كانت امرأته تقبل كما في فتاوى رشيد الدين وقيد بالملك
اذ لو شهدا باليد في الزمان الماضي لا تقبل في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف تقبل واطلق
القبول حيث لا يجوز للقاضي ان يقول امروز ملك وى ميدانت واو عكس الامر بان ادعى
الملك في الزمان الماضي وشهدا على ملكه في الحال قيل تقبل وقيل لا وهو الاصح كما في العمادية

(قوله ومن فى السرج اولى من رديفه) قال فى الخلاصة هكذا فى المنتقى والاجناس وفى شرح الطحاوى جعل هذا رواية عن ابى يوسف وفى ظاهر الرواية الدابة بينهما نصفان انتهى وظاهر مافى البدايع ترجيح مافى ظاهر الرواية (قوله وينصف البساط بين جالسه والمتعلق به) اشار به الى انه لوكانا جالسين عليه وادعياه فهو بينهما بالطريق الاولى كما فى المنبع (قوله لابطريق القضاء) وفى النهاية يقضى بينهما اعترض عليه بان بين الكلامين تدافعا واجيب بان المنفى قضاء الاستحقاق والمثبت قضاء الترك واعترض على هذا الجواب بان قضاء الترك الترك يقتضى ثبوت اليد على ماصرحوا به فى مسئلة التنازع فى الحائط واجيب بان قضاء يتحقق فى المنقول من غير ثبوت اليد المعتبرة شرعا بثبوت اليد ظاهرا فان القاضى علم حسا وعيانا ان هذا البساط ليس فى يد غيرهما فقضى بينهما لانعدام مدع غيرهما عيانا باليد او بالملك هذا (قوله كمن معه ثوب) اشار به الى انه لاعلى وجه اللبس وقيد بكون طرفه مع الآخر لانه لوكان الثوب كله فى يد رجل وادعى انه له كان القول قوله لكن هذا ليس مطلقا بل اذا عرف ان له مثل هذا الثوب عادة والا فلا وباقى التفصيل فى الذخيرة والمحيط (قوله لما مر ان الترجيح لايكون بالاكثرية) كما فى مسئلة كثرة شهود احد المدعيين هذا كله اذا لم يقم البينة فاذا اقاما البينة فبينة الخارج اولى من بينة ذى اليد كما فى غاية البيان (قوله الحائط لمن جذوعه عليه) اتى بصيغة الجمع وادناه ثلثة وهى المعتبرة حتى لوكان لاحدهما ذلك وللآخر اكثر لااعتبار له فالحائط بينهما ولوكان لاحدهما جذع اواثنان وللآخر ثلثة او اكثر فهو له واما صاحب مادون الثلثة فموضع جذعه يعنى ماتحته فى رواية وله حق الوضع فى رواية كما فى غاية البيان (قوله اومتصل به اتصال تربيع) قيد به وليس فيه كثرة فائدة فانه لواتصل بناؤهما بالمتنازع فيه اتصال ملازقة يقضى بينهما كما لواتصل بناؤهما اتصال تربيع وكلا الاتصالين لافرق فى الترجيح على وضع الهرادى الا ان التربيع يرجح على الملازق واذا كان لاحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع فصاحب الجذوع اولى فى رواية وبها اخذ الكرخى وهى مختار شمس الائمة السرخسى وصاحب الاتصال اولى فى رواية وبها اخذ الطحاوى وهى مختار الجرجانى وشيخ الاسلام خواهر زاده هذا لواتصل فى طرف واحد اما لواتصل فى طرفيه فصاحب الاتصال اولى بلاخلاف وعليه عامة المشايخ وهكذا روى عن ابى يوسف فى الامالى هذا زبدة مافى الذخيرة والنهاية والبدايع فظهر ان تقييد الاتصال فى مقابلة الهرادى غير مناسب وانما فائدته فى مقابلة وضع الجذوع وكلامه ليس على العتامل بينهما (قوله وهو ان يكون لبنات الحائط الخ) والمصرح فى الكتب اتصاف لبنات الحائط الخ ولفظ اتصاف هنا ساقط من قلم الناسخ اوانه لما قال فيما بعد متداخلة فى اتصاف لبنات الحائط الذى الخ ظهر ان الداخلة ليست كلها بل بعضها على ان المراد دخول بعضها بعضا نصفا كان اوغير نصف كما هو المراد فى التربيع بالخشبات وقوله وهو وضع الخ اى ماوضع له الحائط وضع الجذوع عليه وقوله هرادى بالهاء فى الجامع الصغير وبالحاء فى الاصل وكلاهما صحيح كما فى القاموس وديوان الادب (قوله كان له) ثم فى كل موضع قضى بالملك لاحدهما يكون المدعى فى يده يجب عليه اليمين لصاحبه اذا طلب فان حلف برئ وان نكل يقضى عليه بالنكول كما فى المنبع والبدايع (قوله من دار صفة بيت) وقوله فيها بيوت كثيرة جملة ظرفية او اسمية صفة دار وقوله فى يد زيد خبر كان وقوله فصارت نظير الطريق حيث استوى فيه صاحب الدار والمنزل والبيت كما فى الكافى واعترض

بان البيوت الكثيرة تجمع عادة جمعا كثيرا بالنسبة الى البيت الواحد فيكون احتياجهم الى نحو التوضى اكثر وقوعا فينبغى ان يرجح صاحبها ولا اقل ان يساوى اقول المسئلة من مسائل الجامع الصغير والمجتهد لبس بغافل عن مثل هذه الملاحظة فاللازم علينا ان نلاحظ وجه الاستنباط وذا هنا انه ثبت فى اصولهم ان الترجيح لايقع بكثرة العلل فتفرع عليه مسائل جمة منها هذه المسئلة ومنهما مسئلة ان لا يرجح صاحب الجراحات على صاحب جراحة واحدة فانه اذا هلك المجروح تجب القصاص عليهما فى العمد والدية نصفين فى الخطاء حيث لم يعتبروا عدد الجراحات مع امكان اعتبار تقسيم الدية عليها فكذا لم يعتبروا تعدد البيوت فى تقسيم الساحة عليها فضلا ان يرجح صاحبها و يحكم كل الساحة له سوى حق المرور لصاحب البيت تدبر (قوله بخلاف الشرب الخ) و بخلاف مالو كان المنزل علويا وسفليا كل منهما فى يد احد والساحة فى ايديهما وادعى كل الجميع ولم يكن لهما بينة وحلف يجعل الساحة لصاحب السفل ولصاحب العلو حق المرور فى رواية وفى رواية اخرى الساحة بينهما نصفان وان برهنا يحكم مافى يد احدهما للآخر والساحة لمن يحكم له السفل فى رواية وفى اخرى يقضى مافى يد احدهما للآخر وما فى يد الآخر لهذا كما فى غاية البيان نقلا عن شرح الطحاوى (قوله قضى بيدهما) اشار به الى انه لو طلبا القسمة لم يقسم بينهما مالم يبرهنا على الملك قيل هذا بالاتفاق وقيل هذا عند ابى حنيفة وعندهما يقسم بينهما كما فى الشروح (قوله فى يده كالقماش) وفى محل وقع كالقماش فى يده وقوله فى يده فى المحلين وقع فى محزه والحكم بعدم وقوعه فى عبارة الزيلعى فرية بلا مرية وقوله ادعوى الحرية الصواب ان يكون بالباء لا باللام تدبر وقوله فيقبل اقراره عليه اى اقرار ذى اليد الصبى كما عليه السوق وقوله يسمع بالبينة اشار به الى ان قول الصبى بعد البلوغ لايسمع بلا برهان كما فى الخانية (فروع) ادعى دارا ارثا عن ابيه فشهدا ان اباه مات فيها اوانها كانت داره مات فيها اوكانت لابيه مات فيها لاتقبل لانهما لم يشهدا بالملك ولا باليد الدالة عليه ولو شهدا انه ساكن فيها اولابس هذا الثوب اوهذا الخاتم اوحامله اوراكب هذه الدابة تقبل لانهما شهدا باليد المتصرفة ادعى دارا شراء اوارثا فشهدا بملك مطلق لم تقبل و بعكسه تقبل وينبغى للقاضى ان يسأل المدعى اتدعى الملك بهذا السبب ام بسبب آخر ان قال ادعيه بهذا السبب تقبل شهادتهما و يحكم له بالملك بالسبب وان قال ادعيه بسبب آخر ولا ادعيه بهذا السبب لاتقبل الشهادة كما فى الكافى اقول هذا فى دعوى العين ومافى دعوى الدين بان ادعى دينا بسبب فشهد الشهود بالدين المطلق قيل لاتقبل كما فى العين والصحيح انها تقبل وذكر فى الخانية مسائل تدل على هذا التصحيح تدرب لرجل ميزاب فى دار رجل فاختلفا فلصاحب الدار منعه حتى يبرهن على ان له مسيل ماء فيها اوذكر الفقيه ابو الليث ان الميزاب لو قديما فله حق التسييل كما فى البدايع

باب دعوى النسب

حقه التقديم بالنظر الى انه دعوى الانفس الا ان دعوى المال لما كانت كثيرة الوقوع والانواع قدمها اهتماما (قوله والاول اولى) وهو اقوى حيث ينفذ فى الملك وغير الملك بشرط ان يكون اصل العلوق فى ملكه و يوجب هذا النوع فسخ ماجرى من العقود اذا كان محلا للفسخ والنوع الثانى على قسمين دعوة الملك ودعوة شبهة الملك فالاول وهو القوى ينفذ فى الملك لا فى غير الملك ولكن لايقتضى دوام الملك من وقت العلوق الى وقت الدعوة والثانى وهو كدعوة الاب ولد جارية ابنه فانها يقتضى قيام ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوة ليثبت له

الحق فى ماله تصحيحا لدعوته كما فى غاية البيان والدعوة فى النسب بالكسر وفى الطعام بالفتح هذا اكثر كلام العرب و ما عدا الرباب فجعلوا على العكس كما فيه ايضا (قوله وقال زفر والشافعى لا يثبت) هذا اذا كذبه المشترى فلا يصدق عليه من غير تصديقه وهو القياس وقولنا فيه استحسان كما فى مبسوط خواهرزاده وقوله فى ملكه متعلق بالعلوق وقوله بالولادة متعلق بتيقن وقوله للاقل وهو اقل من ستة اشهر متعلق بالولادة والضمير المنصوب فى فانه عائد الى العلوق بملاحظة متعلقه اى فان العلوق فى ملكه بيقين كالبينة الخ وهو المصرح به فى غاية البيان ويجوز ان يرجع الى مصدر يتقن بل هو انسب كما لا يخفى (قوله بخلاف دعوى اب البائع الخ) اشار به الى ان الشافعى وزفر قايسا ما نحن فيه على هذا وهو ان اب البائع لو ادعى الولد وكذبه المشترى لم يثبت النسب كما فى الكافى لما سبق ان صحة دعوة اب البائع يقتضى دوام ملك ابنه من وقت العلوق الى وقت الدعوة هذا جواب عن قياسهما والتعرض للدفع مع عدم التعرض للمدفوع فيما سبق مستفيض سيما فى الهداية كثير لا يعد ركاكة كما لا يخفى (قوله قبله) اى قبل ادعاء البائع (قوله ودعوة المشترى الخ) على انه لما ثبت نسبه من البائع بطل البيع فلم يدخل فى ملك المشترى فهو كاجنبى كما فى المقدسى (قوله لان الولد هو الاصل فى النسب) ولذلك تضاف اليه ويقال ام الولد والاضافة الى الشئ امارة اصالة المضاف اليه وقوله عليه السلام اعتقها ولدها قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية ابراهيم من رسول الله عليه السلام الا تعتقها وحق الحرية امومية الولد وقوله والحقيقة اقوى عنوان اقوى اوفق للاستتباع كما ان عنوان اعلى بدله اوفق للادنى وقد قال بالثانى صاحب الهداية كما قال بالاول صاحب المنبع والزيلعى والتعرض لمثله بالترجيح لا يسمن ولا يغنى من جوع (قوله ويسترد المشترى كل الثمن) هذا عند ابى حنيفة واما عندهما فلا يسترد حصة الام من الثمن لانها متقومة عندهما فتضمن فيعتبر القيمتان ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فى الولد قيمته يوم ولد وفى الام قيمتها يوم العقد فما اصاب قيمتها لا يسترد هذا ما ذكر فى اكثر الشروح ولكن ذكر فى التبيين وتبعه جمع من المتأخرين ان ام الولد مضمونة بالقيمة عندهما ولو فى المعاقدات فيجوز ان يكون قيمتها اقل من حصتها فحينئذ يجب على البائع رد ما زاد على القيمة وان كانت مثل حصتها او اكثر تقاصان فلا يجب عليه شئ من حصتها (قوله ولا يضره فوات البيع) اى لا يضر فوات كونها ام الولد ثبوت نسبه اذا المعتبر بقاؤه لحاجته الى ذلك (قوله واعتاقهما كموتهما) ولم يقل كذا ان ماتت الام او اعتقت اودبرت بخلاف الولد مع كونه اخصر اشارة الى ان الاعتاق محط حيث اختلف فيه وان كان الصحيح انه كالموت وانه تصرف فى حياتهما فناسب الاستقلال بالذكر ولم يقل واعتاقهما وتدبيرهما كموتهما مع انهما من نوع اشارة الى ان كون الاعتاق كالموت نص عليه المجتهد وكون التدبير مثله من الحاقات المجتهدين فى المسائل ولذلك ذكر كل منهما فى كثير من الكتب مستقلا فاقتفى اثرهم المصنف على انه لبس فى مثل هذا الذكر نوع عوج لا فى العبارة ولا فى اداء المقصود مع انه لم يلتزم غاية الاختصار فى العبارة حتى يستحق العتاب بانه ترك الاصوب كما لا يخفى (قوله صحت دعوته ولم تصح فى حق الام) حتى لا تصير ام ولده كما فى الشروح وهو مقتضى التشبيه ولذلك تركه وقوله واما الثانى اى عدم صحة دعوته فى حق الام فلانها الخ ولان للبائع حق استحقاق النسب فى دعوته وذا وان كان لا يحتمل البطلان الا ان الثابت للمشترى حقيقة الاعتاق وقد سبق آنفا ان الحق ساقط

لضعفه فى مقابلة الحقيقة لقوتها (قوله وعنده برد كل الثمن فى الصحيح) وجهه انه لامالية لام الولد عنده هكذا ذكر شمس الائمة السرخسى فى شرح الجامع الصغير على سبيل التخريج واختاره فى الهداية وتبعه المصنف وذا ميل من شمس الائمة الى خلاف المنصوص من المجتهد كما فى مسئلة التحتم بالبشب والصريح فى الجامع الصغير على ما اعترف به نفسه رد حصته من الثمن لا حصتها بالاتفاق وقد اختاره الحاكم الشهيد فى كافيه والطحاوى والكرخى فى مختصريهما والفقيه ابو الليث فى شرح الجامع الصغير وعليه كلام الامام شمس الائمة السرخسى نفسه ايضا فى المبسوط والامام قاضيخان والامام المحبوبى وشمس الائمة البيهقى صرحوا برد ماذكره السرخسى فى شرحه بانه قول بخلاف الرواية وقد سبق ثمه ان شمس الائمة ونحوه انما يعمل بقوله وتخريجه فيما لارواية فيه فظهر ان الصحيح ماذكر فى المبسوط على انه كيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل فى الجارية ولهذا لم يبطل اعتاق المشترى وانه سلمنا انه لامالية لام الولد ولكن لانسلم ان امية الولد من ضرورات ثبوت النسب بل يجوز الانفصال كما فى الولد المغرور وهكذا لم تثبت هى فى صورة اعتاق المشترى الام كما فى غاية البيان وغيره (قوله لم يصح دعوة البايع) جعل هذا جواب لوتصوير المفهوم المسئلة والمراد عدم صحة دعوته اذا لم يصدقه المشترى تركه بناء على الظهور فاذا لم تصح لم يثبت نسبه وذا ظاهر وقوله وصدقه المشترى عطف على ولدت وجواب لوقوله ثبت النسب وما وقع فى بعض النسخ ولو صدقه فكلمة لومن الشرح فكانه جعله مسئلة مستقلة معطوفة على ماقبلها عطف مسئلة على مسئلة مفهومة فظهر انه ليس هنا مايقتضى بل مايظهر ان يكون قوله لم يصح دعوة البايع من المتن كما لايخفى (قوله حقيقة العتق) اى للولد ولا حقها اى للامة وقوله لانه اى لان دعوة البايع هذه تذكيره باعتبار الادعاء او بعدم الاعتبار لتاء المصدر والضمير فى اهله عائد الى الدعوة بذلك (قوله ولو ولدت فيما بين الخ) اخره لان المتوسط انما يتحقق بعد تحقق الطرفين وعبارته اشمل من عبارة الهداية والوقاية لانها تشمل ماولدت لتمام ستة اشهر فان حكمها كالزائد عليها كما فى وجيز الجامع الكبير وسكت فى هذه المسئلة وفيما قبلها عما اذا ادعاه المشترى قبله صح دعوته اشارة الى ان دعوته لما صحت فيما لم يحتمل العلوق فى ملكه فصحتها فيما يحتمله اولى ولكن اذا ادعيا معا اوسبق احدهما صاحبه صحت دعوة المشترى لان البايع فى هذه الحالة كالاجنبى كما فى غاية البيان (قوله باع المولود عنده فادعاه الخ) اطلقه فشمل انه باعه مع امه او باعه وحده وكذا اطلق قوله اوكاتب الام فشمل ما اذا اشتراها وحدها اومع ولدها اذ الحكم لايختلف والضمائر المستكنة فى الافعال للمشترى هذا زبدة مافى الشروح وما ذكره صدر الشريعة هنا كلام لاطائل تحته (قوله ثم زوجها) وفى عامة الكتب بكلمة اوكما هو الظاهر لعل الوجه فى العدول ان تزوجها اى كونها زوجة فعل ممتد متعاقب لفعل الشراء اذ المعنى كذا لواشتراها ثم زوجها واذا امتد احد الفعلين المتعاقبين جاز ان يعطف احدهما على الآخر بثم ذكره الشيخ الرضى فعلى هذا لوقال المصنف كذا لو اشترى الولد ثم كاتبه الخ وكذا لواشترى الام ثم كاتبها الخ لكان له وجه فيظهر من هذا ايضا حسن قوله ثم ادعاه اى البايع الولد انه ولده بدل فادعاه حيث لم يقتض ثم امتداد بين مدة هذه التصرفات وبين الدعوة تدبر (قوله وكان هذا نقض الاعتاق الى آخره) تحقيقه ان ثبوت نسب المعتق من البايع اقتضى بطلان البيع وثبوت حرية الاصل فيه اقتضى بطلان اعتاق المشترى لانهما ثبتت ضمنا فاستغنت عن قيام

الولاية بخلاف الاعتاق فيظهر ان نقض الاعتاق هذا لم يخالف ماسبق من ان العتق بعد وقوعه لا يحتمل البطلان والانتقاض (قوله قال لصبي هذا الولد مني) هذه ثلث عبارات اقتضاها التعليل الذي نقله من العمادية وقد صوبها المصنف في الفصل الآتي ولكن المذكور في العمادية والاستروشنية العبارتان الاخيرتان وقال ايضا في الخلاصة ولو قال هذا الولد ليس مني ثم قال مني يصح ولو قال مني ثم قال ليس مني لا يصح النفي انتهى الحاصل ان الاعتبار انما هو الى وجدان الاقرار سواء تقدم عليه النفي او تأخر عنه فيظهر ان الخلل في سبك تعليل الاستروشني وتبعه عماد الدين وان المصنف لم يتفطن وظن انه محتاج الى عبارة اخرى وليس كذلك اذ الاقرار الواحد يكفي سواء وجد مقدما على النفي او متأخرا عنه تدبر كما لا يخفى (قوله وهذا اذا صدقه الابن) يعني اذا كان يعبر عن نفسه اما لو كان صغيرا لا يعبر عن نفسه يصدق المقر استحسانا كما في الخلاصة وقوله واما الاقرار بانه اخوه لا يقبل يعني في حق ثبوت النسب اما لو مات المقر ولم يبق له وارث معروف سواه يكون جميع المال للمقر له فيصير كالموصى له بجميع المال كما في العمادية (قوله قال اي لصبي هو ابن زيد) اطلقه فشمل ما لو كان في يد القائل اولا اذ التقييد بكونه في يده كما في الجامع الصغير وقع اتفاقا صرح به في الشروح واطلق الصبي فشمل ما لو كان رقيقا كما هو الظاهر وعليه عبارة الجامع الصغير ولا مانع لان يكون صبيا مجهول النسب مع كونه حرا اولا لان يكون معبرا عن نفسه ولكنه ساكت اذ لو كان معبرا فهو لمن صدقه فان لتصديقه حكما كما سبق وسيجيء وقوله فهو ابن للمولى هذا عبارة الجامع الصغير وهو ذو اليد المقر على تصوير الجامع الصغير نعم ولو قال المصنف فهو ابن للمقر لكان اوفق لتعميمه ومن خطأه فيه لم يفرق بين السمين والمهزول (قوله والاقرار بالنسب يرتد بالرد) ولهذا اذا اكره على الاقرار بالنسب فاقر به لا يثبت وكذا لو هزل به وان لم يحتمل النسب نفسه النقض (قوله وله ان النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته) وهذا بالاتفاق والاقرار بمثله اي بمثل ما لا يحتمل النقض ومن جملته النسب لا يرتد بالرد في حق المقر لان في زعمه انه ثابت النسب من الغير فيصلح حجة في حق نفسه وان لم يصلح على الغير كمن اقر بحرية عبد انسان وكذبه المولى لا يبطل اقراره في حق نفسه حتى لو ملكه بعد ذلك يعتق عليه ذكره قاضيخان ولا يرتد بالرد في حق المقر ومن ذلك لو صدقه الخ ولا في حق الولد لاحتياجه الى النسب (قوله قال له اي لصبي كان في يد مسلم وكافر) هذا من مسائل الجامع الصغير والمراد كونه في ايديهما لا على انه لقيط اخذاه اذ قد سبق في بابه انه مصور باربع صور وهو مسلم في كلها الا في واحدة وهي ان يجده كافر في مكان الكفرة وما نقل عن التحفة ان نسب هذا الصبي يثبت من الذمي حتى يثبت له الحرية ويكون مسلما تبعا للدار محمول على اللقيط وهو المصرح في البدايع فلا يكون مما نحن فيه (قوله كان ابنا وحرا) قدم كونه ابنا لان المتفرع على الدعوى اولا وبالذات هو البنوة وانما الحرية بواسطتها ولله در المصنف حيث لم يقل كان حرا ابنا للكافر كما وقع في الكافي وتبعه صاحب الوقاية فظهر ان من حكم ان ما في الكافي اظهر اظهر قلة تدبره كما لا يخفى (قوله لظهور دلائل التوحيد) لكل عاقل (شعر) ففي كل شيء له آية تدل على انه واحد* والمراد ان من تأمل دلائل الواحدانية كما لا يخفى فلابد ان يذعن للحق فيسلم من ساعته وذا يستلزم التصديق بالرسل الكرام وما جاؤا به وهذا كما يقال من قال لا اله الا الله دخل الجنة فظهر ان لا حاجة حينئذ الى ان يقال دلائل الاسلام بدل قوله دلائل التوحيد او بمجرد التوحيد لا يتحقق الاسلام ولا الى ان يقال ان اليهود

والنصارى كلهم مشركون بدليل قوله تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله الآية لان الفقهاء صرحوا قاطبة ان ذبيحة الكتابي حل وذبيحة المشرك ميتة وهم ليسوا بغافلين عما في التفاسير هذا وباقي التفصيل في محله (قوله وترجح المسلم بالاسلام) قيل الاحسن قصر الدليل و يقال و ترجح حصول الاسلام للصبي اقول ترجح المسلم بالاسلام اولا وبالذات فيتبعه اسلام الصبي لان اسلامه بواسطة كون القضاء بالنسب منه قضاء باسلامه فظهر ان التعرض بترجح المسلم باسلامه اولى لان في العكس ايهام ترجيح الفرع على الاصل في الاعتبار (قوله والا) اى و ان لم يكن غير معبر و مضمونه و ان كان معبرا ولذلك فسره به (قوله لاستواء ايديهما فيه) من جهة الدين لعدم اختلاف دينهما كما هو الظاهر وقوله وقيام ايديهما عليه والمراد كون الصبي معهما وعليه وضع المسئلة مبتدأ خبره قوله دليل الخ وقوله وقيام الفراش بينهما عطف عليه والواو بمعنى مع ولذلك افرد الخبر والواقع كلا القيامين وهما قيام اليد الحقيق وهو كونه معهما وقيام اليد الحكمي و هو قيام الفراش وثبوته بينهما وهذا هو الوجه في عدول المصنف من او الى الواو كما في الهداية والكافي وقد تبع المصنف فيه الزيلعي نعم يكفي احد القيامين فلا حاجة الى اجتماعهما وهو الوجه في الاتيان باو كما لا يخفى (قوله ادعت ذات زوج بنوة صبي من هذا الزوج وانكر الزوج ذلك) هذا اذا لم تكن للزوج نزاع في النكاح اما اذا نازع فيه وفي كون الولد منه لايثبت ذلك بشهادة القابلة عندهم جميعا بل لابد من نصابها شهادة رجلين اورجل و امرأتين لانها تدعي في الحاصل نكاحا على الرجل و ذا لا يثبت الا بحجة تامة كما في غاية البيان (قوله وقد مر في الطلاق) اى في باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق (قوله فلذا يعتبر قيمته يوم يخاصم) وفي شرح الطحاوي وشرح الكافي للاسبيجابي يغرم قيمته يوم القضاء لان التحول من العين الى البدل انما يكون بالقضاء كما في النهاية والغاية ومعراج الدراية وقوله وهو حر اطلقه ولكن هذا اذا كان المغرور حرا اما اذا كان مكاتبا اوعبدا مأذونا له في التزوج يكون ولده عبدا اى قنا للمستحق عند ابي حنيفة و ابي يوسف خلافا لمحمد وهو حر بالقيمة عنده و باقي التفصيل سبق في كتاب الكتابة (قوله واخذ ديته) اى كلا او بعضا حتى لو قبض اقل من قيمته وجب عليه بقدره ولو قبض قدر قيمته يقضي عليه به كما في الشروح فظهر ان ماقيل لو قال واخذ قدر قيمته من دينه لكان اولى لم يكن اولى بل ما ذكره المصنف اشمل واولى كما لا يخفى (قوله لانه حر الاصل في حق ابيه) فان قلت انه ظهر منه انه رقيق في حق المستحق فوجب ان يكون التركة بينهما قلت بل هو حر في حق المستحق ايضا حتى لو لم يكن له ولاء فيه وانما جعل رقيقا ضرورة القضاء بالقيمة وماثبت بالضرورة يتقدر بقدرها كما في الشروح فظهر ان معنى قوله لانه حر الاصل في حقه انه حر في جميع الاحكام من كل وجه في حق غير المستحق وفي حق المستحق انما هو رقيق في حق الضمان (قوله على بايعه اى بايع الولد ببيع امه) اشار به الى ان الضمير للولد وكونه مبيعا ومن اجزائه ولو باعتبار الاول صحيح فلا سهو فيه و يجوز ان يرجع الى المشتري فيكون اضافته لادنى ملابسة وقوله لانه ضمن له الخ تعليل للرجوع (قوله كثمنها) اى كما يرجع بثمن الجارية و في اكثر نسخ الهداية كما يرجع بثمنه قال صاحب الكفاية الضمير للمشتري اى بالثمن الذي اداه المشتري الى البايع وقال الاتقاني الضمير للولد اى كما يرجع بثمنه لوكان مبيعا فاستحق وقال الشيخ الاكمل الضمير للام بتأويل المبيع وامر التذكير والتأنيث سهلة ولكن توجيه الشيخ هو الاظهر كما هو الظاهر (قوله

لابالعقر) اشاربه الى ان الاب كما يغرم قيمة الولد يغرم العقر و ذلك بالا تفاق عندائمتنا وعند الشافعي يرجع به ايضا و به قال مالك واحمد ولنا انه عوض عما استوفاه من منافع البضع فلا نستوجب الرجوع على غيره حتى لايكون الوطئ فى ملك مجانا وقد سقط الحد للشبهة هذا فظهر ان اللايق للمصنف ان يقول فيما سبق غرم الاب قيمة الولد والعقر والمصنف وان تبع فيه سائر ارباب المتون الا انه مالم يتعرض له اولا يكاد ان يكون هذا ايجازا مخلا كما لا يخفى

﴿ فروع ﴾ رجل غاب عن امرأته وهى بكر اوثيب فتزوجت بزوج آخر و ولدت كل سنة ولدا قال ابو حنيفة الاولاد للاول وعنه انه رجع عن هذا وقال لايكون الاولاد للاول انما هم للثانى و عليه الفتوى كما فى الخانية ولنختم هذا الباب بمسئلة ختم بها كتاب الدعوى فى الجامع الصغير وهى انه اذا قالت المرأة انها ام ولد هذا الرجل اوارادت استحلافه ليس لها ذلك فى قول ابى حنيفة خاصة لان امومية الولد تابعة للنسب وهو لايرى اليمين فى النسب

﴿ فصل ﴾ اخر هذا الفصل لانه قد جمع المصنف مافيه من مسائل شتى كتاب القضاء فى الهداية ومن الفتاوى المعتبرة من العمادية وغيرها ولم يذكرهذا فى الهداية فصار بمنزلة مسائل شتى لكتاب الدعوى (قوله يمنع دعوى الملك) اراد به الملك المطلق قيدنا به لانه لو ادعى ملكا بنحو الشراء وقد معنى مقدار ما يمكنه ذلك بين نحو الاستشراء و دعوى الملك تسمع سواء وقت الشهود اولا لان دعوى الملك المطلق دعوى من الاصل بخلاف دعوى نحو الشراء فافترقا الحاصل ان التناقض انما يمنع لولم يوفق او لم يمكن التوفيق فاما اذا وفق تسمع دعواه اذلاتناقض حينئذ حقيقة واما لوامكن التوفيق ولكن لم يوفق ففيه اختلاف سيجئ هذا زبدة مافى العمادية وجامع الفصولين (قوله قط معناه) قيدبه بناءعلى جريانه كثيرا على لسان المدعى عليه والا لافرق ان يؤكد به النفى اولا كما فى البحر وغيره (قوله و برهن المنكر على القضاء) اطلقه فشمل ماذا قضى بالمال ثم ادعى الايفاء تسمع لان الدفع بعد القضاء صحيح كما فى الملتقط الا فى الخمسة وهى ما فى المحيط انه ادعى على اخر مأتى درهم و انه استوفى مائة و خمسين وبقى عليه خمسون واثبتها بالبينة ثم برهن المدعى عليه انه اوفاه الخمسين لا تسمع حتى يقول هذه الخمسين التى تدعى لاف فى مائة و خمسين هذا قلت دعوى الابراء كدعوى الايفاء كما هو الظاهر وقيد بدعوى القضاء اوالابراء بعد انكاره اذلوادعاه بعداقراره فان كان كلا القولين بمجلس لم يقبل للتناقض وان تفرقا ثم برهن على الايفاء بعد الاقرار قبل وقبله لا للتناقض كما فى خزانة المفتى هذا اذا لم يصالح على شئ اما اذا صالح ثم برهن على الايفاء اوالابراء لم تسمع دعواه كما فى الخلاصة بخلاف ما اذا ادعى الايفاء او الابراء ثم صالح ثم برهن يقبل برهانه كما فى الخزانة (قوله ولنا ان التوفيق ممكن الخ)هذا الاطلاق يقتضى قبول البرهان من غير دعوى التوفيق وقيل شرط دعوى التوفيق كما فى الشروح وفى الاقضية لاينبغى للقاضى ان يوفق وفى الظهيرية يجب عليه التوفيق وفى فتح القدير لو التوفيق ظاهرا كما فى مسئلة المتن قبل بلا توفيق المدعى والا فلا يقبل كما لوقال وهبها لى ثم انكر فقال اشتريتها (قوله قالوا وعلى هذا الخ) القائلون قاضيخان فى شرح الجامع الصغير ومن تابعه من صاحب النهاية وغيره اعترض عليه بان مبنى امكان التوفيق على ان يكون احدهما ممن لايتولى الاعمال بنفسه لاعلى ان يكون المدعى عليه بخصوصه وتصوير القدورى امكان التوفيق فيه لايدل على ذلك واجيب بان الخصوص ليس للاحتراز بل لكون الكلام والسوق

فى تناقض المدعى عليه لا المدعى (قوله فى هذا الفصل) اى فى زيادة ولا اعرفك وقوله ولو ادعى
اقرار المدعى عليه بالوصول الخ لفظ عليه من طغيان القلم فانه بعد كونه حشوا مفسدا لم يوجد
فى القنية ولا فى حاوى المنية والمسئلة منقوله فيهما من (قع) (قوله ولا منازع ثمه) اى لا مدعى وقت
قول ذى اليد بذلك ثم ادعاه احد هكذا عبارة العمادية والمصنف اضمر فاعل ادعى طلبا للاختصار
وعوم المرجع لا يقدح فيه بل يراد به الجنس باعتبار وقوعه فى سياق الاثبات فيشمل القليل
والكثير اذ المدعى كما يحتمل الواحد يحتمل المتعدد ولله در المصنف فيه ومن حكم بالمسامحة هنا
اظهر مسامحته فى الدقة كما لا يخفى (قوله ولو قاله الخارج لا يدعى بعده) يعنى قاله مع وجود النزاع
وهو المراد اذ لو قاله قبل النزاع فعلى الخلاف على عكس ذى اليد صرح به فى جامع الفصولين
وحققه بما لا مزيد عليه وحد الله تعالى وقوله لقيام اليد وهو دليل الملك فنفى الملك عن نفسه
من غير اثبات للغير لغو (قوله ادعى زيد مالا الخ) والمصرح فى القنية ادعى على زيد الخ
وعليه تصوير المسئلة وهى منقولة من (بخ) ولا يذهب عليك ان الاظهر ان تسمع لعدم المنافاة
بينهما لجواز ان بشرا قبضه ثم قبضه عمرو كما فى فرع البزازية ولجواز ان يقبض كل
منهما هذا المقدار المدعى من ماله وانت خبير ان الواقع يتكشف عند السؤال من المدعى (قوله
اقرار مال لغيره الخ) هذه المسئلة وما بعدها مأخوذة من الفصل السابع من العمادية وقوله
او وصاية انه او رثة موصيه من قبيل عطف على معمولى عاملين مختلفين بعاطف واحد والمجرور
مقدم لان قوله وصاية عطف على وكالة وانه الخ عطف على انه لموكله وذا مفعول ثان لقوله
ادعى وقوله لان المال الواحد الخ يشير به الى انه لو وفق و بين وجه اقراره اولا ووجه دعواه
لنفسه او لغيره ثانيا تسمع دعواه كما فى المسئلة الاتية (قوله ادعى العصوبة الى قوله من ذوى
الارحام) مأخوذ من العمادية من الفصل السابع جمعهما من المحلين الا ان الانسب للمتن ان يقال
او لا هكذا ادعى الوراثة و بين جهتها و برهن عليه و برهن الخصم على خلافها او على اقرار
المدعى او الميت بخلافها ان قضى بالاول لم يقض بالثانى والا تساقطا لكان اخصر واسلم من
نوع تكرار واشمل اذ الوراثة اعم من العصوبة وان اراد ثانيا التوضيح جعل قوله برهن انه ابن
عمه الخ شرحا له او فرعا عليه تدبر (قوله قال هذا الولد منى) هذه المسئلة تكرار محض فاللائق
على المصنف اتيان عبارة هنا او ثمه تفيد صحة الاقرار سواء تقدم على النفى او تأخر عنه و باقى
التحقيق سبق ثمه (قوله فجحد بناء على ذلك فاذا اخبر فادعى الرجوع) هذا تمام الكلام فى العمادية
فظهر ان دعوى الرجوع بناء على هذا الاخبار فلم يستلزم العلم بالرجوع العلم بالوصية ولذلك
انكرها كما لا يخفى (قوله لان ابى كان اشتراها لا جلى فى صغرى) هذا هو توفيق يمنع
التناقض وقد سبق ان امكان التوفيق يمنعه ايضا هذا ﴿ تذنيب ﴾ اى جعل
الشىء ذنابة والفرق بينه وبين التنبيه مع اشتراكهما فى كون ما يذكر فيهما متعلقا بما تقدم ان
ما يذكر فى حيز التنبيه متعلق بما تقدم بحث لو تأمل متأمل لفهمه من ذلك بخلاف ما يذكر فى حيز
التذنيب (قوله ومحمد اخذ بالاستحسان) كابى يوسف وهذا الاستحسان ليس مما رجح القياس
عليه لان القياس الراجح فى مسائل معدودة صرح بها فى موضعه وهذا ليس منها فظهر
انه هو الراجح وان اللائق على المصنف عدم الاكتفاء فى المتن بالمرجوح كما لا يخفى (قوله اذا
حضر الغائب) اى الشريك الغائب وصدق الحاضر اى الشريك المدعى وضمير كان
عائد الى الغائب والمطلوب المديون (تذنيب) ولو ادعى عليه مهر امرأة فقال ما تزوجتها

ثم ادعى الابراء عن المهر فهو دفع مسموع ان وفق كما فى القنية (قوله ثم ادعى) يعنى بعد ثبوت
تزوجها ببينة او بنكوله عن الحلف لان المقصود منه المال فيحلف عليه بالاتفاق وقوله ان وفق
يعنى بان قال صارت زوجة لى بالعقد الفضولى و باجازتى وقبولى له فعلا واو اقر رجل على نفسه
بمال فى صك واشهد عليه ثم ادعى ان بعض هذا المال قرض و بعضه ربوا عليه فان اقام
على ذلك بينة تقبل وان كان مناقضا ويقع هذا كثيرا ومن المعلوم انه مضطر الى هذا الاقرار
كما فيها نقلا عن القاضى الامام شيخ الاسلام علاء الدين المروزى وقد نظمه المقدسى * اقر
و بعد البعض قرض و بعضه * ربا قال بالتبيين يقبل حررو * وذكر فيها ايضا قم عب
ادعى عليه شيئا فامره القاضى بالمصالحة فقال لا ارضى بهذه المصالحة وتركته اصلا فهو اسقاط
لما يدعيه (عك) ا ا قال تركته اصلا فهو ابراء وعنه لو قال تركت دعواى على فلان وفوضت
امرى الى الآخرة لا يسمع دعواه بعده اقول قيد القاضى اتفاقى كما لا يخفى وفى الفتاوى النجدية
رجل مات فقالت امرأة لابن الميت كنت امرأة ابيك محمد الى يوم موته وطلبت المهر والميراث
فانكر الابن وقال اسم ابى لم يكن محمدا وانما كان عمر ثم جاءت فادعت انها امرأة ابيك عمر الى
يوم موته وطلبتهما يسمع دعواها وليس بتناقض لجواز ان يكون اسمان (شمز) تسمع اذا وفق
المدعى اقول وجه التوفيق بان تقول كنت اعلم ان لابيه اسمين فادعيت باحدهما فلما انكر
ادعيت بالآخر وفهم من هذه المسئلة ان تسمع الدعوى على الميت بدون اسم ابيه ونسبه تدبر
قال لآخر لادعوى لى عليك اليوم ليس له ان يدعى عليه بعد اليوم كما فى جمع نجم الائمة
نقله صاحب القنية عنه باع عقارا وامرأته اوولده او بعض اقاربه حاضر فسكت ثم ادعى
على المشترى من كان حاضرا وقت البيع افتى مشايخ سمرقند انها لا تسمع وهو الاصح كما
فى حاوى الزاهدى المقضى عليه فى حادثة لا يسمع دعواه بعده الا اذا برهن على بطالة القضاء
او على تلقى الملك من المقضى له اوعلى النتاج كما فى العمادية والبزازية رجل ترك الدعوى
سنين ولم يكن له مانع من الدعوى ككونه غائبا اوصبيا اومجنونا لم يبلغ اولم يفق فيها وكون
المدعى عليه جابرا ظالما اختلفت الروايات فى مدة ترك لم تسمع دعواه بعدها على ما ذكر
فى الحاوى وغيره وقد ورد النهى السلطانى فى الدولة العثمانية بعدم سماع الدعوى بعد خمس
عشر سنة فلا تسمع بعدها وعليه فتوى المأمورين بالافتاء فى دولتهم ابد الله تعالى دولتهم
ونصرهم الله فى البحر والبر على اعدائهم آمين

﴿ كتاب الاقرار ﴾

(قوله اورده بعد الدعوى) لان اللايق على المسلم الاقرار بالحق كيلا يحتاج المدعى الى تدارك
الشهود والملازمة بباب القاضى للاحضار (قوله اخبار بحق لآخر عليه) اى على نفسه
قيد به لانه لو كان على الغير لكان شهادة وعلى العكس لكان دعوى واشار بقوله لا اثبات له عليه
الى ان الاقرار ليس بانشاء وقد قال به ابو عبد الله الجرجانى وهو رد لما سيظهر وقيل هو اخبار
من وجه وانشاء من وجه وهو مردود ايضا اذ لو كان كذلك لعرف بحد يشملهما ولا قائل به ولانه
قالوا لو اقر بمال للغير لزمه تسليمه للمقر له اذا ملكه ولو اقر بالطلاق والعتاق مكرها لم تصح
ولو اقرت المرأة بالزوجية من غير شهود صح ولو اقر المريض بجميع ماله لاجنبى صح ولا يتوقف
على اجازة الورثة فامثال هذه المسائل دلت على ان الاقرار اخبار لا انشاء اذ لو كان انشاء لم تكن
كذلك وما استدل به على كونه انشاء مطلقا اومن وجه انه لو اقر لرجل فرد اقراره ثم قبل لم يصح
ولو كان اخبارا لصح وانه لو ثبت الملك بسبب الاقرار لم يظهر فى حق الزوائد المستهلكة

فلا يطلبها المقرله من المقر ولو كان اخبارا لصارت مضمونة عليه اقول ومن الله التوفيق
اما الجواب عن الاول فهو ان ارتداده بالرد ناش من ان حكمه الظهور لا الثبوت ابتداء وذلك
ناش من كونه حجة قاصرة فلما صار مرتدا بالرد وجعل كأن لم يكن فلذلك لم يصح قبوله بعده
على ان هذا الدليل مشترك الالزام حيث انه دليل على انه ليس بانشاء اذ الانشاء مما لا يرتد بالرد
فيما يكون من قبيل الاسقاطات كما لو قال هذا الولد مني يرتد برد الولد فهذا دليل على ان الاقرار
اخبار ثم لو عاد الولد الى التصديق يثبت النسب نظرا الى احتياج المحل وقد سبق واما الجواب
عن الثاني ان الاقرار لما كان حجة قاصرة اقتصر ثبوت الملك وظهوره على المقر به فلم يتعد الى
الزوائد المستهلكة كما ستقف فتبين انه ليس بانشاء اصلا تدبر (قوله وحكمه ظهور المقر به
بلا تصديق) يريد به ان المقر به كان ثابتا للمقرله فبالاقرار يظهر ثبوته له وقوله بلا تصديق قيد
للظهور باعتبار تضمنه معنى الثبوت والمعنى ظهور ثبوت المقر به للمقرله بلا تصديق وقبول منه
فظهر ان لا غبار في عبارة المصنف بل هي خلاصة ما صرح به في المعتبرات هنا ولله دره
(قوله لان مدلوله الصدق والكذب احتمال عقلي) فان الصدق مدلوله من حيث اللفظ
والوضع والكذب لم يكن مدلوله كذلك كما هو شان الخبر الا انه لما لم ينفك عن هذا عقلا عرفوه
بما يحتمل الصدق والكذب غايته ان لا تساوي بين الاحتمالين فلا محذور في التعريف بذلك كما
في الحاشية الحسنية على المطول (قوله والولد عطف على الوالدين) اما اقرار الرجل بنسب الولد
فصحته ظاهرة واما اقرار امرأة به فصحته ظاهرة ايضا اذا لم تكن ذات زوج او معتدة وقد سبق
قبيل الفصل السابق تفصيل هذا وسيجيء واجمال هذا بين التفصيلين لا يبعد من الحزازة كما
لا يخفى على من له ادنى مسكة وقوله بالزوج اراد به الزوجية فشمل اقرار رجل بالزوجة واقرار
امرأة بالزوج وايضا الزوج كما يطلق على البعل يطلق على الزوجة كما في القاموس وعليه قوله
تعالى اسكن انت وزوجك ومن اسند القصور الى المصنف هنا حق فيه ان يقال (شعر)
وكم من عائب قولا صحيحا * فآفته من الفهم السقيم (قوله وشرط تصديق هؤلاء وهم المولى)
اي المعتق والمعتق والزوجة والزوج والولد والوالدين وغلام مجهول النسب اطلق التصديق
في الكل فلابد منه في الجميع الا في الولد فانه يشترط التصديق فيه اذا كان معبرا عن نفسه والا
فلا يشترط بل يقبل اقراره من غير تصديق منه ثم لو كان معبرا عن نفسه فرد الاقرار ثم عاد
الى التصديق يثبت نسبه وقد سبق وحكم من عداه من هؤلاء في نسب الولادة ينبغي ان يكون
كذلك لاشتراكهم في العلة وهي الاحتياج الى النسب ولم اظفر من صرح بذلك (قوله اقول
سره ان الاقرار اخبار يحتمل الكذب) فلا يصلح ان يكون مثبتا ابتداء بنقل ملك المقر الى ملك
المقرله وانما يصلح ان يكون مظهرا لما ثبت سابقا ولا ينافيه كونه حجة ملزمة (قوله ولا ينافيه) جواب
عن سؤال مقدر يعرف في حق المقر لان احتمال الصدق فيه راجح او جود الدواعي اليه
سوى كونه مدلول اللفظ من حيث الوضع وهي عقله ودينه وطبعه اما الاولان فيحملانه على
الصدق مع الزجر عن الكذب واما نفسه الامارة بالسوء فربما تحمله على الكذب في حق الغير
اما في حق نفسه فلا فظهر ان صدقه كان ظاهرا حتى وجب قبوله اقراره والعمل به ومن ذلك
صار الاقرار حجة فيما يندرئ بالشبهات في حقه على ما سيجيء هذا (قوله واواد عاه اي الاقرار
ابتداء اطلقه فشمل انه ادعى عينا في يد انسان اودينا عليه كما في العمادية فتصوير المصنف
بالدين تمثيل وعليه تصوير الدعوى في الدفع حيث عم وقوله لم تسمع عند عامة المشايخ

اشاربه الى انها تسمع عند بعض المشايخ كما فى العمادية وهذا الاختلاف بناء على ان الاقرار هل هو انشاء وتمليك للحال او اخبار عما سبق فمن ذهب الى الاول صحح دعوى الملك بسبب الاقرار ومن ذهب الى الثانى لم يصحح ذلك وهو قول العامة وهو الصحيح فظهر من هذا حسن جعل المصنف هذه المسئلة فرعا هنا وذكر فى العمادية وغيره انه فى دعوى الدين لو قال المدعى عليه ان المدعى اقر باستيفائه و برهن عليه لا تسمع لانه دعوى الملك بسبب الاقرار وانه فى دعوى العين لو ادعى انه اقر ان هذا الشئ لى فره بالتسليم الى ولم يدع انه ملكى قال بعضهم لا يسمع هذه الدعوى ولا يأمره القاضى بالتسليم اليه وقال عامة المشايخ تسمع و يأمره القاضى بالتسليم اليه كما فى شرح ادب القاضى وهكذا فى الخانية غير انه ترك (قوله ولم يدع انه ملكى) ولكن صرح فى الذخيرة ان عامة المشايخ على ان لا تسمع وهو مختار عماد الدين وصاحب جامع الفصولين ومن ذلك لم يجز للمقرله اخذه منه جبرا ديانة اذا علم انه فى اقراره كاذب كما فى معين المفتى (قوله الا بطيب نفسه) فيكون تمليكا مبتدأ منه على سبيل الهبة وقوله لم يحل اى فيما بينه و بين الله تعالى كما فى المنح (قوله اما الاقرار فلا يفتقر الى القضاء) ومايقال من ان الاقرار حجة شرعية فوق الشهادة لا ينافى اقتصاره على المقر وعدم تعديته الى الغير لان لكل وجها معتدا به اما كونه حجة فوق الشهادة فلا نتفاء التهمة فيه دون الشهادة واما وجه الاقتصار فاذكره المصنف (قوله اقر مكلف حر اوعبد مأذون له) قيد بالاذن لان كلامه على صحة الاقرار مطلقا حالا والعبد المحجور لم يصح اقراره بالمال وان صح اقراره بما يوجب الحد والقصاص واخذ بضمان المال بعد العتق ولم يتعرض لصبى مأذون له لانه الحق بسبب الاذن بالبالغ لدلالة الاذن على عقله فيشمله قوله مكلف كما يشمل المعتوه المأذون فانه اعم من الحقيقى والحكمى ولم يصح اقراره بالمهر والجناية والكفالة لانها غير داخلة تحت الاذن بالتجارة كما هو حال العبد المأذون له الا ان قوله مكلف حرلما لم يشمله افرده بالذكر بل قوله حر اوعبد مأذون له صفة مقيدة لقوله مكلف واطلقهما فشملا السكران ولو من مباح فان اقراره صح فى الحقوق كلها الا بحد محض لله تعالى وردة كما فى الشروح (قوله وشرط التكليف لان الصبى والمجنون الخ) اراد به صبيا غير مأذون وهو الظاهر من قرانه للمجنون واطلاقه ولم يتعرض للنائم والمغمى عليه لانهما كالمجنون فظهر ان المصنف لم يهمل فى دخول من دخل وخروج من خرج كما لا يخفى (قوله صح لزوم المقر به على المقر لوصدقه المقرله) وقوله اى سواء كان تصرفا الخ يعنى سواء كان تصرفه فى المقر به تصرفا الخ هذا هو المراد والمناسب لما سيأتى ولكن تعيين المرجع لضمير كان ليس بموجود وانما يفهم من السياق فقط ومثل هذا بعيد عند المعتبرين وليس ببعيد عند المصنفين ولفظ ما فى ماصادقه عبارة عن مال مغصوب ومال وديعة ونحوهما باعتبار الترديد الاول و باعتبار الترديد الثانى وهو قوله اولا اى اولا يكون تصرفا الخ عبارة عن المبيع والمستأجر ونحوهما ومن قصر فى البيان على الثانى فقصر كمن قصر فيه على الاول (قوله لو كان ذلك التصرف حق السبك فى التحرير) ان يقال لو كان تصرفه فيه وقوله يحقق الغصب والوديعة وقد سقط الثانى من قلم الناسخ الاول ومثل هذا ليس ببعيد عن الناسخين (قوله فالاقرار به مبتدأ) خبره لا يصح والجملة خبر ان ومصحح دخول الفاء كون اسمه ان نكرة موصوفة بالفعل وان لبس بمانع لدخوله على المذهب الراجح وعليه قوله تعالى قل ان الموت الذى تفرون منه فانه ملاقيكم وقوله ولا يجبر المقر على تسليم شئ فى الاولى لا يجبر بتسليم

المبيع وفى الثانية بتسليم المستأجر وفى الثالثة بتسليم الثمن (قوله وان يصح للمجهول الخ) الانسب للسباق والسياق ان يقول هكذا وصح للمجهول اذا لم تفحش جهالته كما لايخفى (قوله فانه لايصح عند شمس الائمة السرخسى) واليه ميل صاحب الهداية كما فى تكملة المولى زكرها وما صححه صاحب الكافى مال اليه شيخ الاسلام خواهرزاده فى مبسوطه والناطفى فى واقعاته كما فى تكملة الديرى وعليه قول جلال الدين الخبازى عليه الرحمة فى المغنى فى بحث اوحيث قال لوقال لفلان على الف اولفلان وفلان كان النصف للاول والنصف للاخيرين وقد قال القاآنى فى شرحه هذا لواصطلحوا على ان يأخذوا منه الف درهم والا لم تجب على المقرشئ لجهالة صاحب الحق ولوارادوا تحليف المقر يحلف لكل واحد منهم وبعد ذلك ليس لهم الاصطلاح على قول ابى يوسف الآخر وعلى قوله الاول وهو قول محمد لهم ذلك فظهر ان الراجح مااختاره المص وهو صحة الاقرار للمجهول اذا لم تفحش جهالته وظهر ايضا انه لواقر لاشخاص معلومة سواء كانوا ثلثة اواكثر والترديد واحد اومتعدد يصح ويأخذون المقر به لواتفقوا على اخذه تدبر ونقل الامام الزيلعى عن المبسوط والواقعات ان فى مثله يؤمر بالتذكر لان المقرقد ينسى صاحب الحق ولايجبر على البيان لانه قد يؤدى الى ابطال الحق عن مستحقه والقاضى انما نصب لايصال الحق الى مستحقه لالابطاله فصار نظير ما اذا اعتق احد عبديه ثم نسيه بخلاف جهالة المقر به لان الاجبار على البيان لايؤدى الى ابطال حقه وبخلاف اعتاق احد العبدين لان العتق لما لم ينزل فى المحل فلايؤدى الاجبار الى ابطال حقه انتهى (قوله ويقال له بين المجهول) هذا عبارة القدورى وقوله لان الاجمال الخ هكذا فى الهداية وعامة الشراح قاطبة ربطوا هذا الكلام على صحة الاقرار بالمجهول والمصنف ظن انه مرتبط بالاقرار للمجهول وليس كذلك كما يظهر لمن نظر نظر التدبر فى كلام صاحب الكافى ايضا وقد سبق انه لاجبر على المقر ببيان المقر له عند كونه مجهولا غير متفاحش فاللائق عليه ان يأتى بهذا الكلام فى شرح قوله ولزمه بيان ما جهل (قوله وان لم يبين اجبره القاضى) الظاهر فان بالفاء كما هو عبارة الكافى وغيره وانما يجبره لان الظاهر من حال المقر هو العلم بالحق الذى اقر به فيجب عليه البيان لا يقال انه قد تقدم ان المقر قد يتلف مالا لايدرى قيمته او يجرح جراحة لايعلم قدر ارشها لانا نقول ان ذلك احتمال اعتبر هناك لتصحيح الاقرار بالمجهول ولا يلزم من ذلك ان يسمع قوله لاادرى فى جميع ما اقر به بل على القاضى ان يعتمد على ظاهر الحال ولا يصدقه فيما هو محتمل كما فى تكملة المولى ذكريا (قوله كذا محجور اقر بما لاتهمة الى قوله ولزم تكرار محض) اذ قد سبق ذلك فى كتاب الحجر الا ان مثل هذا التكرار من ديدن المصنفين كما لايخفى على من تدرب واعلم ان المص لم يتعرض لاقرار العبد بجناية ترجع الى المال هل يصح ام لا وصرح فى شرح الطحاوى وغيره بان ذلك لايصح محجورا كان اومأذونا فلايؤاخذ به للحال ولا بعد العتاق الا اذا صدقه المولى فيجوز عليه ولايجوز على الغرماء وكذا لو اقر بعد العتاق بخطاء فى حالة الرق فانه لاشئ عليه ايضا هذا وماذكر فى الايضاح والكافى انه لايؤاخذ به حتى يعتق ويشعر انه يؤاخذ به بعد العتق وليس كذلك فالاول كلامهما بان حتى يعتق غاية لبطلان الاقرار فاذا عتق يكون اقراره يعنى انشاء الاقرار بعد العتق يكون صحيحا كما فى المنح (قوله يعنى ان اقراره به صحيح) لوذكر هذا التصوير بعد قوله وبما فيه تهمة كالمال لكان اولى لانه كما اشتمل تصوير كل من اقراره بما لا تهمة فيه اشتمل تعليلهما فيكون حقه التأخير على ان الضمير المجرور فى به انما يرجع الى ما فيه تهمة كما لايخفى

(قوله ولزم فى على مال عظيم نصاب) هذا قول ابى يوسف ومحمد ولم يذكر قول ابى حنيفة فى الاصل فى هذا النوع ولذلك اختلف المشايخ على قوله فيه وصرح شيخ الاسلام الاسبيجابى بان الصحيح ان قوله مثل قولهما كما فى غاية البيان وجه الصحيح انه لم يذكر عددا يجب مراعاة اللفظ فيه فاوجبنا العظيم من حيث المعنى وهو المال الذى يجب فيه الزكوة كما فى العناية لان صاحبه كما يعد غنيا شرعا يعد غنيا عرفا وهو المراد من العظيم من حيث المعنى بخلاف نصاب السرقة فان صاحبه لا يعد غنيا عند الناس فلا يوجد فيه العظم المعنى كما فى تكملة المولى زكريا والكشف وذكر فى التبيين وخير مطلوب والاصح على قوله ان يبتنى على حال المقر فى الفقر والغنى وصحح السرخسى ان المقر لو كان فقيرا يصدق فى عشرة ولو غنيا فعليه ما شاء درهم كما فى المقدسى (قوله من جنس ما سماه) اى عند البيان ففى الدراهم ستمائة و من الدنانير ستون و على هذا قياس الابل والغنم لو اقر بهما كما فى البيانية وقدرها قيمة فى غير مال الزكوة كما فى المقدسى و ينبغى على قياس ماروى عن ابى حنيفة ان يعتبر فيه حال المقر ذكرنا كما فى تكملة الديرى والمقدسى (قوله و فى دراهم ثلثة) لا يقال ان الفصيح ان يقال ثلث بحذف التاء لما صرح كثير من الثقات ان تمييز العدد اذا حذف فالفصيح ان يؤتى العدد بغير تاء مطلقا واتوا بشواهد له ووصوا بان هذا قاعدة جيدة قد غفل عنها من غفل فى مواضع لانا نقول هذا اذا لم يقدم المعدود على العدد اما اذا قدم اواخر العدد خبرا عنه اوصفة له اونحوهما فتذكيره وتأنيثه يكون تابعا لظاهر المعدود ويستغنى عن التمييز وعليه قوله تعالى قل من رب السموات السبع وكذا قول المطرزى والاسباب المانعة من الصرف تسعة و هنا ثلثة صفة لدراهم مقدرة فلا يكون من قبيل ما صرح به الثقات هذان قاعدتان ذكرتهما بادنى ملابسة فاضبطهما (قوله لانها اقصى ما ينتهى اسم الجمع لفظا وتمييزا) فان اقصى عدد يطلق عليه جمع من غير تغيير موصوفا بالكثرة انما هو العشرة ثم يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما فيكون العشرة اكثر ما يراد بلفظ الجمع وهو معنى الاقصى فان قلت ينبغى ان يصدق فيما بين الثلثة والعشرة لانه ايضا كثير قلت لما وصف الجمع بالكثرة عم فيستغرق ما يصلح له كما فى غاية البيان (قوله لانه تفسير المبهم) اى لان درهما فى قوله كذا درهما تمييز وتفسير للفظ المبهم وهو كذا لانه كناية عن العدد المبهم واقله المتيقن واحد فيحمل عليه و ما صرح به صاحب المحيط و الذخيرة و النصاب من انه يلزم فيه درهمان وعليه ما فى الخانية والتتمة بناء على ان ليس الواحد من العدد واقل العدد اثنان فمدفوع بان هذا انما هو على اصطلاح الحساب واما فى الوضع واللغة فهو من العدد قطعا ومن ذلك جعل ائمة اللغة والنحوا صول العدد اثنى عشر لفظا والواحد منها والعمل عند الفقهاء بما يبتنى على الوضع واللغة ما لم يغلب عليه العرف العام ونحوه و قد تفقه الاتقانى من ان اللايق ان يجب به احد عشر درهما لانه اقل عدد يجئ تمييزه منصوبا اقول لا كلام فى ان احد عشر من جملة الاعداد التى يجوز الكناية بلفظ كذا عنها ومن ذلك قال فى مختصر الاسرار يلزم به عشرون درهما لانه اقل عدد غير مركب مميز بتمييز منصوب الا ان ما اختاره جمهور المشايخ هو الصحيح لان الاصل براءة الذمة فيثبت الادنى المتيقن على ان احد عشر مركب وعشرين فى صورة الجمع ولفظ كذا ليس كذلك و المسئلة مما لم يذكره محمد فى الاصل ومن ذلك اختلف المشايخ فيها ولكل فيها ما يعشقه ولكن يد الله فى الجماعة (قوله وفى كذا كذا درهما) الدرهم تمثيل ومثله الدينار والمكيل والموزون كما فى منية المفتى و المعتبر درهم اهل البلد وكذا الدينار

والكيل والمن ونحوها لانصراف مطلق الكلام الى المتعارف كما في البدايع (قوله اذ لم يجمع بين ثلثة اعداد بلا عاطف) يريد به ان لا نظير للمبهمات الثلث من الاعداد المركبة بلا عاطف هذا كله اذا ذكر درهما بالنصب وهو منصوب البتة صرح به في شرح التسهيل وهو المتقرر في النحو اما ان ذكره بالخفض بان قال كذا درهم اوكذا كذا درهم اوكذا كذا كذا درهم وفي الاول يجب مائة درهم والثاني مائتان وفي الثالث ثلثمائة كما في الخزانة والاختيار والمجتبي (قوله ثم حل الاثنين) عطف على حل الواحد ويكفي بالواو اذ لاحاجة بثم نعم لو قال ثم حل الاثنان بلفظ الفعل لكان اصوب السبك واظهر كما لايخفى (قوله على قبلي سوى بينهما) وان ذكر في بعض نسخ القدوري ان قبلي اقرار بالامانة لما ان قبلي كما يحتمل الضمان يحتمل الامانة فلا يجب بالاحتمال بناء على ان ماذكره المص هو المذكور في المبسوط والهداية وهو الاصح لان استعماله في الديون اغلب فالحمل عليه اولى كما في الشروح (قوله وقبلي ينبئ عن الضمان) فان مادته المخصوصة وان تغيرت بنوع تغير لاينفك عنه ومن ذلك يقال قبل عن فلان اى ضمن ويقال للكفيل القبيل ويقال للصك قبالة بملاحظة هذا المعنى ايضا كما في كثير من الشروح فلا يرد مايقال ان كون القبيل بمعنى الكفيل لايقتضي كون قبلي منبئا عن الضمان كما لايخفى (قوله هو وديعة اى المال وديعة) اشار به الى ان قوله وديعة مرفوع خبر مبتدأ محذوف ويحتمل ان يكون منصوبا على التميز فحينئذ وصله بالطريق الاولى ولذلك لم يتعرض له (قوله وهذه اقلهما فتثبت) ولايرد عليه ما لو قال له قبلي مائة درهم دين وديعة اووديعة دين فانه دين ولم يثبت اقلهما وهو الامانة لان بينهما فرقا وهو ان التنوع الى الدين والامانة هنا من لفظ واحد وثمه من لفظين فاذا جمعا في الاقرار يترجح الدين لان الاعلى لايكون تابعا للادنى كما في الشروح ولو قال له في مالي الف قال السرخسي اقرار بدين وخواهر زاده بالشركة وفي الخانية لفلان شاة في غنمي صح ويؤمر بالبيان وله على ثوب او عبد صح ويقضي بقيمة وسط عند ابي يوسف وقال محمد القول له في القيمة اقول اى مع اليمين كما هو الظاهر (قوله اى قول المدعى عليه وقوله لمدعي الالف متعلق بالقول ومقول القول قوله اتزنه الخ) وكون هذه الالفاظ اقرارا اذا صدرت على سبيل الجد لا على سبيل السخرية كما في الفوائد اقول هذا اذا تصادقا انه على وجه السخرية فظاهر واما اذا اختلفا فينبغي ان يكون القول للمدعى عليه مع اليمين على ان لبس عليه ماادعاه تدبر (قوله اما كون الاربعة الاولى) خصها بالذكر مع ان الالفاظ المذكورة كلها انما تنصرف الى الاقرار بكناية تعود الى المذكور في السؤال بناء على ان دلالة الاولين على الوجوب انما هي بالكناية فان مرجعها موصوف بالوجوب لان قول المدعى عليك يقتضي الوجوب واما باقي الفاظ فان كلا منها يدل على الوجوب السابق مع احتمال معنى آخر فاذا قرن بالضمير يتأيد الوجوب فيحمل على الاقرار واذا لم يقرن به يتأيد معنى آخر يكون الاصل براءة الذمة فلا يحمل عليه هذا غاية التحقيق وعليه كلام الكافي والهداية فظهر ان في كلام المصنف نوع خرازة تبصر (قوله وهو انما يكون في مال واجب عليه) اعترض عليه بما سبق في فصل الاستثناء ان الابراء كالقضاء قد يكون من غير حق ووجوب فلم يحمل ذلك هنا عليه فلا يكون اقرارا بالواجب عليه واجيب بان بين الكلامين فرقا وهو ان القضاء والابراء يقتضيان الوجوب بحقيقتهما غير ان الانكار السابق ثمه قرينة صارفة عنها فيحمل اللفظ على المحتمل الذي يستعمل له فيه الجملة ولا صارف هنا فيجرى على الحقيقة وذلك ظاهر هذا زبدة ما في شرح الهداية للدهلوي وتكملة المولى زكريا (قوله نعم اقرار) اطلقه لانه لايصلح

الاجوابا والايكون لغوا وكلام العاقل لايكون لغوا فيكون اقرارا البتة بخلاف الكلمات السالفة فانها محتملة للغير ولذلك احتاجت الى المؤيد فى كونها اقرارا هذا وانت خبير بان المصنف لوذكرهنا ماانى به فى فصل حرة اقرت من قوله قال لى عليك الف فقال الحق الى قوله لامته لكان انسب لان بعضها من قبيل نعم و بعضها من قبيل اتزنها واتزن على ما سيجئ تفصيله ان شاء الله تعالى (قوله لا الايماء برأسه بنعم) اطلقه فشمل انه لايكون اقرارا بمال وعتق وطلاق وبيع ونكاح واجارة وهبة بخلاف الكفر والاسلام والنسب والفتوى كما فى البحر وباقى التفصيل فى العمادية فى الفصل الثالث والثلثون (قوله صدق) اى المقرله وقوله فيصدق فى اى المقر وقوله دون الدعوى وهى ادعاؤه التأجيل لنفسه ثم اذا لم يكن له برهان على التأجيل وخاف عن حلف المقرله انه لا تأجيل وسعه ان ينكر ويحلف ما على اليوم له شئ اذالم يقصد به اذهاب حقه كما فى البزازية (قوله ولزم فى له على مائة ودرهم دراهم) وكذالوقال مائة ودرهمان اومائة وثلثة دراهم كما فى الخانية وعليه التعليل الآتى واراد بدرهم مال مقدر فشمل الدينار وسائر الموزونات والمكيل والحاصل انه اذا ذكر بعد عقد من الاعداد شئ من المقدرات او عدد مضاف نحو مائة وثلثة اثواب اوافراس يكون بيانا والا فلا يكون بيانا كما فى المنبع وقوله لزم مائة دراهم ودرهم والالف فى دراهم من طغيان القلم لان مميز مائة مفرد لاغير واشار بكون قول الشافعى قياسا الى ان قولنا استحسان (قوله بخلاف الثياب ومالا يكال ولا يوزن) هذا من قبيل عطف العام على الخاص فيراد به غيرهذا الخاص وقوله لان الثياب الخ وان الشاة ونحوها لايثبت دينا فى الذمة اصلا وقوله فبقى اى هذا القسم على الحقيقة اى الاصل وهو ان يرجع فى تفسير المائة الى المقر المجمل (قوله ونصف هذا العبد الخ) عطف على قوله نصف درهم وقوله نصف كل فاعل لزم المقدر اى نصف كل من الاشياء المذكورة فى المسئلة المعطوفة والمعطوف عليها والمراد بغير عينه ماذكر فى المسئلة الاولى من درهم ودينار وثوب وبعينه ماذكر فى المسئلة الثانية من العبد والجارية واشار بهذا الى انه لووقع الاقرار على معين وغيرمعين يجب كل غيرمعين كما لوقال له على نصف هذا الدينار ودرهم لزم تمام درهم كما فى التبيين اعترض عليه بان هذا فى رفع درهم اوسكونه مسلم اما فى تقدير جر درهم فمشكل اقول سبك الكلام على ان لايعطف درهم على الدينار فيتعين عطفه على النصف والغلط فى الاعراب كثيرما مايقع فى التكلم فيحمل الجر عليه (قوله واقر بتمر فى قوصرة لزماه) اشار به الى انه لوقال بقوصرة فلزومهما بالطريق الاولى والى انه لو قال على قوصرة لزمه التمر فقط كما فى الشروح (قوله ولوادعى اعتراض تذييل لتحقيق اللزوم) يعنى لوادعى المقر انه لم ينقل المظروف اوالظرف اوكليهما اشار الى هذا التعميم بحذف المفعول به لم يصدق فى دعواه ذلك وقوله فيحمل على الكمال وهو بالاخذ والنقل (قوله واقر بخاتم له حلقته وفصه) الضمير فى له راجع الى المقرله كما هو الظاهر وعليه عبارة الهداية والكافى ويجوز ان يرجع الى المقر فيكون اللام بمعنى على كما فى قوله تعالى ومن اساء فلها جملة اسمية او يقدر لزم بقرينة المعطوف عليه فحينئذ يجوز ان يكون اللام للعماد والتقوية وذا عند كون الفعل مؤخرا او العامل فرعا اومقدرا صرح به فى موضعه (قوله عيدانها) جمع عود ككيزان وديدان جمع كوز ودود وكذا لواقر بارض اودار يدخل البناء والاشجار اذا كانا فيهما حتى لو اقام المقر بينة بعد ذلك ان البناء والاشجار والفص والجفن والعيدان لى لم يصدق ولم تقبل بينته كما فى المنبع وغيره بخلاف مالو قال هذه

الدار لفلان الا بناء ها فانه لى وكذا فى سائرها وان لم يصح الاستثناء و يكون الكل للمقر الا انه لواقام البينة تقبل كما فى الخانية (قوله ان العشرة لايكون ظرفا الواحد عادة) فيحمل فى على معنى البين والوسط مجازا كما فى قوله تعالى فادخلى فى عبادى كما فى الهداية (قوله وبنية مع) وكذا بنية على او بنية الواو فان فى يستعمل بمعنى على كما فى قوله تعالى ولاصلبنكم فى جذوع النخل اى عليها و بمعنى الواو صرحوا به فى باب ايقاع الطلاق ولم يتعرض للزوم خمسة وعشرين كما ذهب اليه حسن بن زياد لانه مبنى على ضرب عند اهل الحساب خاصة وقدمر ان لااعتبار له اذ المعتبر فى الاحكام الشرعية المعانى اللغوية او العرف العام وكون اثر الضرب فى تكثير الاجزاء لازالة الكسر فى القسمة لافى تكثير العين عرف عام كما علم فى علم الفرائض وقيد بالنية اذ لو لم تكن لم تحمل فى على معنى مع ونحوها فان قلت الالايق ان يحمل فى على معنى نحو مع كيلا يلغو كلام العاقل قلت المجاز خلاف الاصل و براءة الذمة عن اصل وشغل الذمة خلاف الاصل والكلامه بدون المصير الى المجاز وجه وهو تكثير اجزاء المضروب وذا معروف فلا حاجة الى المصير الى ماهو خلاف الاصل سيما ماهو خلاف الاصل صرح به الميدم فى مشكلات البزدوى (قوله ولا ضرورة فى الثانية فاخذ فيهما بالقياس) الحاصل ان ماقاله ابو حنيفة فى الغاية الاولى استحسان وفى الثانية قياس وما قالاه فيهما استحسان وماقاله زفر فيهما قياس كما فى مبسوط خواهرزاده وخير الامور اوسطها (قوله لما ذكر ان الغاية لا تدخل فى المغيا) وايضا ان المحسوس موجود فلا يقتضى الوجوب بخلاف المعدوم فانه لايصلح حدا الا بوجوده ووجوده بوجوبه ومن ذلك لو وضع بين يديه عشرة دراهم مرتبة فقال ما بين هذا الدرهم الى هذا الدرهم واشار اليهما لفلان لم يدخل الدرهمان تحت الاقرار بالاتفاق كما فى المنبع (قوله اقر بالحمل له صح) اطلقه ولكن ينبغى ان لابد من وجود الحمل عند الاقرار حقيقة اوحكما كما عند كون الحمل مقراله على ما سيجى ولم اظفر من تعرض لذلك الآن (قوله وله اى اقر للحمل الخ) اى بمال عين اودين هذا هو الظاهر وما صرح به فى الشروح من الدين تمثيل كما لايخفى (قوله فلابد من وجود المقر به) الصواب المقر له باللام ومثله من طغيان قلم الناسخ وقوله وذلك اى وجود المقر له حقيقة اوحكما بان تضعه الخ نشر على ترتيب اللف وقوله ومحتملا عطف على قوله وجود المقر له والتقدير فلا بد ان يكون المقر له موجودا عند الاقرار او محتملا الخ ومثل هذا التركيب من مسامحات المصنفين عند ظهور المراد كما لايخفى (قوله لاقل من سنة اشهر من حين موت المورث او الموصى) وذا يستلزم وضع الحمل لاقل منها من وقت الاقرار بخلاف العكس وهكذا الحال فى الصورة الثانية فى ان وضعه لاقل من سنتين من وقت الفراق يستلزم وضعه لاقل منهما من وقت الاقرار هذا غاية مراد المصنف وهو الموافق للكافى والمبسوط وهو الحق كما فى تكملة المولى زكريا والحاشية السعدية (قوله فللموصى والمورث) الواو للتنويع فيكون بمعنى او فيصير معنى قوله لان هذا الاقرار فى الحقيقة لهما ان اقراره للحمل اقرار بملك كل من الموصى والمورث وقوله لورثتهما اى لورثة كل منهما (قوله وفى الميراث الخ) هذا اذا لم يكونا من اولاد الام اما اذا كانا منهم فهو على نصفين كما فى الوصية لعدم تفاوتهم فى الاستحقاق (قوله باع منى الخ) مقتضى السباق ان يقول بعته منه وهبته منه (قوله لغا) اى لقراره فى الوجهين اما فى الاول فبالاتفاق واما فى الثانى فعند ابى يوسف وقيل ابو حنيفة معه ويصح عند محمد ويحمل على السبب الصالح واختار صاحب الهداية قول ابى يوسف على ماهو دأبه فى ترتيب المسائل وتبعه صاحب الوقاية حيث ترك قول محمد رأسا اشارة

الى رجحان قول ابي يوسف وعليه اكثر الشراح حيث قووادلبله فيظهر من كلا تهم انه لا بد من بيان السبب الصالح فى الاقرار للحمل عند ابي يوسف فيكون تعيين السبب شرط صحة الاقرار له عنده فحسب كان له سببان او اكثر صار مساغا للاجتهاد بان يقال انه تعذر التعيين لعدم الرجحان ومطلق الاقرار صحيح عند محمد فلا حاجة الى التعيين ولا يضر مزاحمة الاسباب عنده ومن الظاهر المكشوف ايضا ان جميع اسباب الملك يوجب الملك للادمي المنفصل عن الرحم فلا حاجة الى تعيين السبب فلا يضره التزاحم واما في حق الجنين فبعض الاسباب لا يوجب الملك فلا بد من تعيين ماهو سبب صالح لثبوت الملك له فصح ان يجتهد بان يقال ان التعيين عند التزاحم متعذر بخلاف ما اذا عين السبب كما في تكملة المولى زكريا فظهر ان قول ابي يوسف هو المختار واقوى وان من قال ولم نظفر فيما عندي من المعتبرات ما يرجح قول احدهما على قول الآخر اظهر عدم تتبعه كما لا يخفى (قوله فلانه بين مستحيلا) ولم يكن البيان بالمستحيل رجوعا عن الاقرار لانه بيان بسبب محتمل فصح كما في الكافي وقوله تصورهما الظاهر تصورها ومنشأ طغيان قلم الناسخ الاول وقوع هذه العبارة في العناية وغيره هكذا لان المذكور في الهداية وغيره بيع واقراض فقط وقوله لا يولى عليه اي لا يقع عليه ولاية لاحد وقوله كما اذا صرح اي بدين التجارة ولم يتصور هو من الجنين فلم يصح الاقرار له بمطلق المال كما في غاية البيان (قوله لزم الفان) لو ادعاهما الطالب والمطلوب يدعى انه الف هذا عند ابي حنيفة والف عندهما الا اذا اختلف في القلة والكثرة كما في البزازية (قوله فعند ابي حنيفة يلزمه الفان الخ) كلام المصنف هنا هو ما في الخانية وليس فيه ما يخالف فيها كما لا يخفى على من نظر فيها وقوله بلا بيان السبب قيد به لانه اذا اضاف اقراره الى سبب فان اتحد يلزمه الف وان اختلف المجلس وان لم يتحد يلزمه الفان وان اتحد المجلس وذلك بالاتفاق كما في الخانية وقوله وهذا اي لزوم الالفين بناء على ان الثاني اي الالف الثاني غير الالف الاول لاختلاف المجلس حتى لو جاء بشاهدين على اقراره بالف ثم جاء بشاهدين على اقراره بالف آخر ولا يدرى ان ذلك كان في مجلس او في مجلسين بان نسي الشهود ذلك يلزمه الفان لو ادعاهما الطالب كما في الخانية ايضا (قوله اكتب لفلان خط اقراري بالف على الخ) وياء المتكلم في اقراري لم يكن في نسخة العمادية ولعل المصنف انما زاده لان الاستقامة به فهو مراد وان لم يذكر فيقدر في قوله اكتب بيع هذه الدار او بيعي هذه الدار وقوله تطلق اي تطلقة واحدة رجعية لانه اقرار بصريح الطلاق ولو قاله ثانيا يكون للتقاضي ويكون اقرارا بطلقة واحدة كما في العمادية (قوله قال الفقيه ابو الليث هو القياس لكن الاختيار عندي الخ) يريد به ان ما اختاره الفقيه هو الاستحسان كما هو الظاهر وكونه استحسانا يرجحه ولكن ما هو القياس ظاهر الرواية كما في باب اليمين من دعوى الخانية ولذلك لم يرجح المصنف احدهما على الآخر في المتن وقوله ان يؤخذ منه اي من نصيب المقر ما يخصه من الدين اي قدر ما يجعل حصة لنصيبه من الدين وقوله وهذا القول ابعد من الضرر هذا القول من عماد الدين وما ذكره شمس الائمة الخ وهكذا ذكره قاضيخان في باب الدعوى دل على ما اختاره الفقيه هو الارجح كما لا يخفى (قوله وبسمع شهادة) هذا المقر هذا اذا لم يقض القاضي عليه باقراره اما اذا شهد بعد قضائه عليه باقراره لم تسمع وذكر في الزيادات انه يأخذ بالحصة او ظفر بالورثة جملة عند القاضي اما اذا ظفر باحدهم يأخذ منه جميع ما في يده انتهى يعني لو استوعبه الدين وذكر في مختلف البلعمي اذا اقر احد الورثة بالدين و بعضهم غائب او غصب غاصب بعض التركة يؤخذ جميع الدين من نصيب المقر بالاجماع

كما فى العمادية ولو كانت الورثة كبارا وصغارا فاقر الكبار بدين على الميت يحتاج الغريم على البرهان ليثبت فى حق الصغار اذ اقرارهم لا يعمل فى حق الصغار كما فيها ايضا (ذ ب) تزوج امته بمهر عند الشهود لا يكون اقرارا بالحرية وكذا لو قال هى زوجتى وذكر فى حاوى المنية من (اسنع) ولو قال له على مائة درهم خمسون منها ربوا يؤاخذ بمائة وان اثبت ذلك بالبينة لان الملك قد يثبت حلا لا وقد يثبت حراما بحرمة سببه انتهى ولان الحرام عنده قد يكون حلالا عند غيره ولو قال له على الف زور او باطل لو كذبه المقر له فعليه الالف وان صدقه فلاشئ عليه كما فى الذخيرة والمنبع ﴿باب الاستثناء وما فى معناه﴾ لما ذكر موجب الاقرار بلا تغيير وهو الاصل شرع فى موجبه مع المغير وهو نحو الاستثناء (قوله كالشرط ونحوه) بيان لما فى قوله وما بمعناه وقوله ونحوه تصريح بما علم التزاما من كاف التمثيل المشعر عن الكثرة كما هو المشهور بين الجمهور وهذا الجمع بينهما قد وقع من صاحب المفتاح فى مواضع ووقع من محى السنة عبارة كنحو فى باب فصل الاذان من المصابيح والمراد بنحو الشرط ما سيجئ من ان اقراره بدين ثمن عبد غير عين وانكاره قبضه واقراره بثمن متاع وبيانه بانه زيوف ونحوهما افظهر ان من فسر قوله وما بمعناه بقوله وهو الشرط لم يصب لانه يوهم الحصر كما لا يخفى (قوله متصلا صفته لمصدر مقدر اى استثناء موصولا باقراره) اشار اليه بقوله باقراره ثم اعلم انه لم يذكر ما يمنع الاتصال وما لا يمنع فالملائم للاقرار لا يمنع وغير الملائم يمنعه فمن قبيل الاول التنفس والسعال واخذ الفم ونحوها فانها لا تفصل الاستثناء وكذا النداء سواء كان مفردا نحو يا فلان او مضافا نحو يا ابن فلان سواء كان المنادى مقرا له اوغيره نحو لك على مائة درهم يا فلان او يا ابن فلان الا عشرة ونحو قولك لزيد على مائة درهم يا عمرو لا عشرة ومن قبيل الثانى ما لو هلل او سبح او كبر او قال فاشهدوا فان كلا منها جعل فاصلا كما فى الغاية والظهيرية وباقى التفصيل فى تنوير تلخيص الجامع الكبير فى باب استثناء يكون على الجمع وذكر ايضا فى التلخيص انه لو قال له على الف الا مائة او خمسين فعند محمد يلزمه تسعمائة وعند ابى يوسف يلزمه تسعمائة وخمسون واسند فى التبيين ما هو عند ابى يوسف الى الشافعى وذكر فى المنبع انه رواية ابى سليمان وهى الاصح وفى متفرقات الوصايا من الكافى قول العامة وفى الدراية هو الصحيح وما هو عند محمد رواية ابى حفص وهو الموافق لقواعد المذهب وهو الصحيح كما فى شرح الزيادات لقاضيخان واقول انت مخير فى العمل بايهما فى مثل هذا ولكن الطبع يميل الى ما هو عند محمد لانه مع موافقته لقواعد المذهب ان الاصل براءة الذمة كما لا يخفى (قوله بعين لفظه) يعنى مفهوما لا صدقا كما فى تكملة المولى زكريا نقلا عن بعض الشروح فيشمل المترادف المتساوى نحو غلمانى كذا الاعبدى واشار به الى ان بطلان الاستثناء بلفظ اعم من المستثنى بالطريق الاولى نحو غلمانى كذا الا مماليكى وانما قال لا صدقا لما صرح فى الخانية والمبسوط انه لو قال اوصيت ثلث مالى لفلان الا الف درهم وثلث ماله الف صح الاستثناء وبطلت الوصية وهو الموافق لما صرح فى التوضيح ان الاستثناء بلفظ اخص من المستثنى منه فى المفهوم يصح وان ساوا فى الوجود ونحو عبيدى كذا الا هؤلاء ولا عبيد له سواهم وعليه قول المصنف بخلاف الا فلانا الخ (قوله كذا اذا قال غلمانى كذا الا هؤلاء الخ) اشار به الى انه لو قال الا مماليكى لم يصح الاستثناء لان مماليكى اعم من غلمانى غايته التساوى فلا يصح بخلاف هؤلاء فانه لفظ اخص من غلمانى لاسترة فيه كما فى التوضيح (قوله صح فيه)

اى صح الاستثناء من حيث قيمة المستثنى اطلقه فشمل مااذا ساوى قيمة المستثنى جميع ما اقربه الخ لايلزمه شئ كما فى الذخيرة وشمل مااذا زاد المستثنى على المستثنى منه فحينئذ يصح الاستثناء عند تحقق هذا الشرط كما فى شرح المجمع لمصنفه وفى المحيط عن المنتقى له على دينار الا مائة درهم الاستثناء باطل لان المائة اكثر من الدينار لانه باعتبار القيمة وقيمة المائة اكثر انتهى اقول هذا يقتضى ان يكون فى المسئلة روايتان اوان يفرق بين جنس بحسب التقدير والنقدية وجنس بحسب التقدير فقط ففى الاول صح قيمة ان لم يزد على المستثنى منه اولم يتساويا وفى الثانى صح مطلقا وهذا الفرق اوجه وتصوير المتن باستثناء دينار اوقفيز حنطة من مائة دراهم من قبيل استثناء القليل من الكثير فحينئذ لافرق فى الصحة بين ما يكون ثمنا بعينه ومايكون ثمنا بوصفه كما لايخفى (قوله على معنى انه الخ) هذا اختيار منه لما ذهب اليه عامة المشايخ وهو ان الاستثناء يكلم بالباقى بعد الثنيا فيجعل المستثنى كانه لم يتكلم به اصلا واما قول النحاة الاستثناء اخراج شئ من معتدد فمحمول على المجاز اذلو حمل على الحقيقة لزم التناقض وقد صحح ابن الحاجب قولهم بان المستثنى منه يراد به جميع الافراد فيخرج المستثنى اولاثم يحكم بالاسناد يعنى بعد الاخراج كما فى تنوير تلخيص الجامع الكبير (قوله لانها تثبت فى الذمة ثمنا) تعليل لكون المقدرات جنسا واحدا معنى وقوله اما الدينار الخ تفصيل لثبوت كل من المقدرات فى الذمة ثمنا فثبوت الدينار ظاهر لانه ثمن من حيث الذات وثبوت غيره فيها من حيث الوصف على مافصله يعنى ان غيره ثمن بحسب الوصف كالحنطة الربيعية اوالخريفية والمنوفية والمحلية لابحسب الذات والعينية فان قلت ينقدح من هذا ان التمثيل بقوله الاقفيز حنطة لايصح لانه لم يذكر فيه وصف الحنطة فلايصلح لان يكون ثمنا فيبقى المستثنى مجهولا فينبغى ان لايصح الاستثناء قلت يكفى فى صحة الاستثناء بوقوع مايصلح ثمنا ولو بحسب الوصف مستثنى وان لم يذكر ذلك الوصف لان لزوم ذكره انماهو لاعتبار وجوبه فى الذمة بالفعل كما هو عليه سوق كلامهم وذا امر آخر لاحاجة لنا به ههنا وانما احتجنا فى مسئلتنا ان نسأل ان تلك الحنطة من اى نوع فيستقر الامر على نوع فيظهر مقدار ثمنها فيسقط من المستثنى منه تدبر كما لايخفى (قوله حتى لوعينا الخ) نشر على ترتيب اللف وقوله ولهذا الخ تفريع لكون حكمهما كحكم الدينار ومن فروع ذلك ثبوتهما فى الذمة حالا ومؤجلا وجواز الاستقراض واكتفى بنوع مذكور كما اكتفى بالمقدرات مع ان العدديات الغير المتفاوتة كالمقدرات لانه لبس فى مقام التفصيل وقوله وكانت الظاهر فكانت بالفاء لانه نتيجة للتعليل السابق مع تفصيله اى اذا ظهر ثبوت المقدرات فى الذمة فكانت وخبركانت قوله كجنس واحد معنى وقوله فى حكم الثبوت فى الذمة ظرف قدم للتخصيص و قوله فى الذمة متعلق بقوله الثبوت وقوله فالاستثناء بالواو الحالية (قوله ولو استثنى غيرهما) اى غير وزنى وكيلى من نحو حيوانات من الحيوانات وعرض من العروض كما لوقال له على الف درهم الاشاة اوثوبا بطل الاستثناء عندنا خلافا للشافعى فيلزم على المقرالف درهم هذا ماهو المذكور فى عامة الشروح ولكن ذكر فى النهاية ان المراد بعدم صحة الاستثناء ان لايطرح قيمة الثوب ونحوه من المستثنى منه لانها مجهولة وجهالة المستثنى تورث جهالة فى المستثنى منه فيبقى المقربه مجهولا فيجبر على البيان هذا خلاصة كلامه اقول هو الموافق لما فى الاصول تدبر (قوله اذا وصل باقراره ان شاء الله) ولو من غير قصد كما فى غاية البيان نقلا من الواقعات الحسامية اشار اليه بقوله وصل حيث لم يقل اوصل وقوله ابطال

عند محمد الخ كذا ذكر فى طلاق الفتاوى الصغرى والتتمة واختاره صاحب الكافى وغاية
البيان وذكر الامام قاضيخان فى طلاق الجامع الكبير ان الاستثناء بمشية الله ابطال عند
ابى يوسف وتعليق عند محمد واختاره صاحب العناية وثمرة الخلاف بينهما تظهر فيما اذا
قدم المشية فقال ان شاء الله انت طالق فعند من قال انه ابطال لايقع الطلاق وعند من قال انه
تعليق يقع وكيف ماكان لم يلزمه الاقرار لانه لا يحتمل التعليق بالشرط فيكون التعليق فى بابه ابطالا
كما فى الشروح ولذلك اطلق المصنف الابطال (قوله اقر بشرط الخيار الخ) اقول خيار الشرط
فى معنى التعليق بالشرط ولذلك اتى بالاقرار المقارن به فى هذا الباب اطلقه فشمل اقراره بمال مطلق
ولم يبين السبب او بين سببا لايجرى عليه الخيار كقرض اوغصب اوامانة قائمة اومستهلكة بخلاف
مالو بين سببا يجرى عليه الخيار كالشراء والكفالة فان فى هذا النوع يثبت الخيار ان صدقه
المقر له وان كذبه لايثبت الا بحجة كما فى النهاية نقلا عن المبسوط وان اراد البرهان على الخيار
فى النوعين الاولين لايسمع لانه يترتب على دعوى صحيحة ودعوى المقر به لم تصح فيهما
فيرد ذلك كما فى المحيط ثم الخيار يعتبر فى الكفالة ولو كانت مدته طويلة وفى الشراء على الخلاف
فى مدته بين ابى حنيفة وصاحبيه كما فى شرح الكافى للاسبيجابى (قوله لان الاقرار اخبار الخ)
هذه المسئلة تدل على ان الاقرار ليس بانشاء اصلا اذ لو كان كذلك لكان للخيار تأثير فيه
كما فى العقود الانشائية وقد سبق تحقيقه (قوله اذ الدار اسم لما ادير عليه الحائط من البقعة
الخ) اشار به الى ان الدار اسم للعرصة كما هو المشهور عند العرب والعجم والبناء وصف فيها
ولكن لايسمى العرصة دارا الا بعد البناء ومن ذلك لايسمى المفاوز الخالية دارا وبعد كونها
دارا لو انهدمت بل لم يبق اثر لايزول هذا الاسم* قال الدار دار وان زال حوائطها*
والبيت ليس ببيت بعد تهديم * وقد سبق فى كتاب الايمان بعض التفصيل فظهر ان البناء
دخل فيها تبعا لا لفظا فلم يصح استثناؤه وظهر ايضا ان الايراد الاتى لم يرد لان البناء
لم يكن كواحد من العشرة وان اجاب عنه المصنف بجواب آخر غايته يرجع الى هذا
كما لا يخفى (قوله الاقرار فى الايمان ركن زائد الخ) الحاصل ان التصديق مع الاقرار نظير
الدار مع البناء وبيانه ان التصديق لايثبت ولايعرف وجوده الا بالاقرار او مايقوم مقامه
من صلوة بجماعة واشارة الاخرس ونحوهما وبعد ثبوته لايحتمل السقوط اصلا بخلاف الاقرار
فانه يحتمله كما لمكره فى حالة الاكراه والميت فى حالة الموت فظهر ان التصديق جزء الايمان
عند مقارنته للاقرار وعين الايمان عند مفارقته من الاقرار وان الاقرار ركن
عند وجوده ولا ركن عند سقوطه كذا فى الحاشية البردعية لشرح العقايد وهكذا
حال الدار مع البناء وحال الحيوان مع رجله ويده هذا هو الظاهر الموافق لما سبق فى كتاب البيع
من الفرق بين الاصل والوصف فلاغبار فى كلام المصنف ولله دره فى التحقيق وهو الحقيق
(قوله وطوق الجارية) اقول قد ذكروا هنا معيارا وهو ان ما دخل تحت المقر به تبعا لم يصح
استثناؤه وذا مما لايحتاج الى النص لو كان المقر به مبيعا هذا ما فى عامة الشروح وقد ذكروا فى
كتاب البيع ان الامة لو بيعت انما يدخل فى البيع معها ثيابها المعتادة للمهنة واما الذى للزينة
فلا يدخل الا بالنص والطوق انما هو للزينة فينبغى ان يصح استثناؤه بل لا حاجة اليه فلا يكون
لمن اقرت له الامة اللهم الا ان يحمل على طوق ليس له كثير قيمة كطوق من حديد اوصفر او
نحوهما الا ان الاطلاق ينافى هذا الحمل تدبر (قوله حتى لم يصح استثناؤها ايضا) يعنى كما لم يصح

استثناء بناء الدار و يكون الكل للمقرله الا ان يقيم المدعى البينة على ما ادعى فحينئذ يثبت ما ادعاه و يسلم له كما فى الخانية ولو اقر بدار و نحوها ولم يستثن مايدخل فيها تبعا ثم ادعى ان ذلك لنفسه لم يصدق و لم يقبل بينته كما فى تكملة الديرى و غيره و قد سبق (قوله الا ثلثها او بيتا منها) وفى بعض النسخ او ثمنا منها والاول هو الموافق للهداية وغيره ولعل الثانى من تغيير الناسخ (قوله قيل للمقرله ان شئت فسلم القن وخذ الالف الخ) ان قلت ظاهر هذا مخالف لما سبق فى كتاب البيع ان اللازم اولا تسليم الثمن ثم المبيع فكيف عكس هنا قلت حكم هذه المسئلة مبنى اولا على نفس الاقرار والتصادق وهما من حيث هما يقتضيان تسليم القن واخذ الالف لان لزوم الالف على المقر ان صدقه المقرله مع تسليم القن هذا هو المراد هنا ثم لو صدقه ولم يسلم القن وادعى المقر تسليمه او المقر له تسليم الثمن المقر به فعند ذلك يلزم تسليم الثمن مقدما على ان فى حكمها الاول او احضر القن و طلب الثمن المقر به له ذلك وليس فى كلام المصنف ما يمنعه اذ لا دلالة على تعقيب الاخذ فى الواو كما لا يخفى (قوله كالثابت عيانا) اى فى لزوم الالف هذا هو المراد فقط وليس فيه تعرض لتقديم نقد الثمن او تأخيره (قوله القن قنك) سواء كان فى يد المقر او فى يد المقرله كما فى بعض الشروح (قوله وانما بعتك قنا غيره قبضته منى) كما فى نهاية البيان و غيره ولم يقيد المصنف به لان المقر لما لم يتعرض لهذا القن نفيا واثباتا ولم يدر عليه حكم لم يحتج الى هذا التقيد وما وجد فى بعض الشروح محمول على القيد الاتفاقى تدبر (قوله والاسباب) جواب عن سؤال مقدر تقديره كيف يلزمه المال والحال ان لهما اختلافا فى سبب وجوبه وتكاذبا فيه اجاب عنه بان الاسباب الخ (قوله القن قنى) ولا فرق فى هذا الوجه ايضا فى ان يكون القن فى يد المقر او فى يد المقرله ولو كان فى يد المقر اخذه المقرله منه كما فى البيانية وهكذا فى الوجه الرابع الا ان القن لو كان فى يد ثالث ان صدقه المقرله وامكنه تسليمه لزم المال والا فلا كما فى نهاية البيان (قوله و رجع عن الاقرار باطل مفصولا كان او موصولا) اعترض عليه بان الاستثناء لاشتراكهما فى هذا التعليل مع ان المقر به لم يلزم على المقر فى صورة الاستثناء بالاتفاق واجيب بان هذا ابطال وذلك تعليق والتعليق من باب بيان التغيير فيصح موصولا والابطال لا يكون بيانا فلا يصح ولو موصولا (قوله وقالا ان وصل صدق) لانه حاصل مذهبهما انه ان صدقه المقرله فى مسئلتى المقيس والمقيس عليه يصدق المقر وصل ام فصل وان كذبه لا يصدق الا موصولا كما فى المنبع وغيره فظهر ان قول المصنف ان وصل صدق وان فصل لا يصدق انما هو فى صورة انكار المقرله وترك التقييد به لظهوره لان السوق عليه من تدارك هذا القيد لقوله وان وصل اخذا من التبيين فقد اوهم كلامه التخصيص وليس فى كلام الزيلعى هذا الايهام كما لا يخفى (قوله لانه بيان تغيير الخ) اقول قد عرفت انه ابطال وانه ليس ببيان وان كان موصولا واما المقيس عليه وهو الاستثناء فانه تكلم بالباقى وايضا وهو الشرط من باب التعليق وهو من باب بيان التغيير وما نحن فيه ليس كذلك فظهر ان اقراره مطلقا منصرف الى الكامل فدعوى امر عارض بعده لا يقبل و ان وصل وظهر ان قول الامام هو الراجح ولم ار من رجح قولهما هنا (قوله وهى زيوف) الواو للحال والجملة حال من الف موصوف بقوله من ثمن متاع او قرض و كذا اذا قيدها بوصف الاستثناء او على طريق الاستئناف ولا فرق فى كل منهما عند ابى حنيفة وصلا او فصلا اشار الى ذلك فى الشرح و من تصريحه باستواء الوصل والفصل عنده فى ذلك علم ان ثم فى قوله ثم قال وانتبع فيه صاحب الهداية ليس للتراخى حتى يتوهم اختصاص قوله بصورة الفصل كما ظن

واستعمال ثم فيما لايتراخى كثير لاينكره احد و الفعلان المتعاقبان بلا مهلة اذا امتد احدهما جاز عطف احدهما على الآخر بثم ذكره نجم الائمة الرضى وقال هنا بمعنى ادعى وذا ممتد تدبر (قوله هى زيوف) جمع زيف وهو ما يقبله التجار ويرده بيت المال ونبهرجة وهى دون الزيوف فانها مما يرده التجار ايضا ولكنهما غالبتا الفضة ومن جنس الدراهم وستوقة على وزن تنور وقدوس زيف بهرج ملبس بالفضة فيكون غالبة الغش ليست من جنس الدراهم ولذلك لاتسمى دراهم الا مجازا وليس فى كتب اللغة مايدل على انها من جنس الدراهم حقيقة لانهم فسروا بزيف بهرج ملبس بالفضة فيكون داخلها نحاسا اورصاصا خالصا فكيف يكون من قبيل الدراهم كاظن (قوله وان فصل لا) الا اذاوقع الفصل بطريق الضرورة من نحو انقطاع نفس اودفع سعال فحينئذ يصدق وعليه الفتوى كما فى شرح الجامع الصغير لقاضيخان وهوالمصرح به فى شروح الهداية هنا وقدسبق بعض التفصيل (قوله صدق بيمينه سواء وصل اوفصل) كما فى غاية البيان (قوله ثم ادعى مايوجب البراءة) وهو قوله وديعة فيحتاج الى الحجة كدعوى تأجيل الثمن من المشترى لايقال ان قوله وديعة بيان تغيير كما فى قوله له على الف وديعة فينبغى ان يصدق لانا نقول ان صدر كلامه وهواخذ مال الغير من غير تعرض لاعطائه ودفعه يتبادر منه الغصب فيحمل عليه ويكون قوله وديعة دعوى مبتدأة لابيان ما احتمله الصدر بخلاف قوله له على الف فانه يحتمل الوديعة يعنى على حفظه فقوله وديعة بيان تغيير فيصدق موصولا (قوله فكان القول قوله) اى قول الآخر مع يمينه ووجب الضمان على المقر باقراره وقوله فحينئذ يلزمه المال هكذا فى النسخ والصواب لايلزمه المال فلان لا ساقط من قلم الناسخ الاول وربطه بماقبل الاستثناء خلاف الظاهر وقيد المسئلة بدعوى الآخر بالغصب اذ لوادعى بقرض لاضمان على المقر كما فى غاية البيان وكذا لوادعى بيع فالقول قول الآخذ مع يمينه لانهما تصادقا على اخذ باذن المالك الاان المقرله يدعى الضمان والمقرمنكر فكان القول قوله كما فى النهاية (قوله اعطيتنيه وديعة والدفع كالاعطاء) كما فى الهداية وكذا الايداع مثل الاعطاء كما فى غاية البيان نقلا عن الامام العتابى وقوله فكان القول قوله اى قول المقر مع يمينه الا ان ينكل المقر عن اليمين فحينئذ يلزمه المال كما فى الكافى وهنا مسئلة واقعة للفتوى وهى ادعى انه باعه متاعا بكذا وطالبه فقال الآخذ ما اشتريته وانما كان امانة عندى لابيعه لك فبعته بكذا وذلك دون قيمته ودون مادعاه اجاب المقدسى عنها انه يضمن قيمته لانه لم يثبت اذنه فيما فعل والتصرف فى ملك الغير بغير اذنه يوجب القيمة ومدعى البيع لم يثبته انتهى اقول قوله لم يثبت اذنه يعنى لواثبت الآخذ وكالته بالبيع صح البيع مالم يكن على غبن فاحش ويجب عليه اخذ الثمن وتسليمه اليه (قوله قال كان هذا وديعة) وكذا لوقال اقرضتكه فاخذته الخ والمشار اليه بهذا اعم من ان يكون مثليا اوقيميا وقوله فقال اى المخاطب المأخوذ منه اخذته اى ما اخذه المقر اطلق الاخذ ولكنه مقيد بانه اما اخذه اوحلف بان هذا ليس وديعة للمقر عنده كما هوعليه كلام صاحب الهداية وهو المصرح فى تكملة المولى قاضى زاده وقوله ثم الآخذ منه عطف على اليد وقوله كما بين اى فى المسئلة السابقة من ان اخذ مال الغير سبب الضمان وقوله اخذه جزاء الشرط المذكور فى الشرح والمقدر فى المتن وقوله وادعى الخ عطف على اقر وضمير عليه فى الاول راجع الى المأخوذ منه وفى الثانى الى الآخذ (قوله آجرت فرسى) وكذا الاعارة والاسكان وكذا الخياطة فى الصحيح هذا كله عند ابى حنيفة وهو الاستحسان وعندهما القول قول المأخوذ منه وهو القياس والرجحان

لقول ابى حنيفة كما فى عامة الشروح ولذلك لم يتعرض المصنف الى الخلاف وذكر فى الايضاح والمبسوط والاسرار ان هذا الخلاف اذا لم يكن المقر به معروفا للمقر اما اذا كان معروفا له كان القول للمقر اتفاقا لايقال كونه معروفا للمقر انما يظهر للقاضى بعلمه او بشهادة العارفين عنده فعلى الاول يقتضى القضاء بعلمه وذا ممنوع وعلى الثانى يقتضى الحكم بالبينة وذا خلاف المفروض لانا نقول كونه معروفا له يقتضى علم القاضى انه له او يحصل باخبار من يثق به واحدا او اكثر لا بمجرد قول المقر وعند ذلك يثبت المقر به فى يد المقر ويقبل قوله مع يمينه فلا يلزم احد المحذورين كما لايخفى (قوله لابل لبكر) اطلقه فشمل ما لو قاله موصولا او مفصولا وقوله وعلى المقر مثله اطلقه فشمل ما لو دفع الى الاول بقضاء القاضى او بغير قضائه هذا عند محمد واما عند ابى يوسف فلا يضمنه لو دفعه الى الاول بقضاء والعارية مثل الوديعة وقيد بهما اذ لو اقر مطلقا بان قال هذا لفلان بل لفلان ودفع الى الاول بقضاء لايضمن للثانى بالاتفاق كما يضمن له لو دفعه بغير قضاء بالاتفاق ولو قيد بالغصب يضمن للثانى مطلقا بالاتفاق كما فى المنبع هذا لو اتحد المقر به فى القدر اما لو اختلف بان قال له على الف لابل الفان لزم الاكثر استحسانا وعند زفر لزم ثلثة آلاف وهو القياس ولو اختلف فى الوصف بان قال له على الف جياد بل زيوف او عكس لزم الجياد لدخول الردى فى الجيد كالف فى الفين كما فى المقدسى (قوله اقر بدين لانسان) قد سبق بعض تفصيل هذه المسئلة قبيل باب التحالف وهكذا لو اقر بالهبة والقبض او بالبيع او بقبض المبيع او بقبض الثمن والجملة على التفصيل مذكورة فى الفصل السادس عشر من العمادية (قوله كنت كاذبا) وكذا قوله هازلا وقوله يحلف المقر له الخ هذا قول ابى يوسف وهو الاستحسان وهو المختار وعليه استقر فتوى ائمة خوارزم ولكنهم اختلفوا فى فصل وهو ما اذا مات المقر ثم ادعى ورثته الهزل وعدم القبض هل يحلف فبعضهم على انه يحلف وبعضهم على انه لايحلف المقر له كما فى البزازية (فرع) صب دهنا لانسان فطولب بالضمان فقال كان نجسا لوقوع فارة فالقول للصاب قلت مع يمينه بخلاف اتلاف لحم ثم ادعى انه لحم ميتة حيث لايصدق وللشهود ان يشهدوا انه لحم ذكى بحكم الحال وكذا لو قتل رجلا وادعى انه كان ارتد او قتل اباه فيكون قتله قصاصا او للردة حيث لاتسمع قال لآخر انا عبدك فرده المقر له ثم عاد الى تصديقه فهو عبده ولا يبطل الاقرار بالرق بالرد كما لايبطل بجحود المولى بخلاف الاقرار بالدين والعين حيث يبطل بالرد والطلاق والعتاق لايبطلان بالرد لانه اسقاط يتم بالمسقط وحده كما فى البزازية ايضا رجل ادعى على آخر مالا فانكره فاخرج خط اقراره به فانكر ذلك ايضا فامر بان يكتب على بياض فظهر على انه خطه لايقضى عليه بالمال لان هذا ليس اعلى حالا مما لو قال هذا خطى وانا كتبته وليس على هذا المال وهناك القول قوله ولاشئ عليه كذا هذا كما فى العمادية

﴿ باب اقرار المريض ﴾

وجه تأخيره ظاهر لانه عارض وافراده فى باب على حدة لاختصاصه باحكام على حدة ولان فى بعضها اختلافا (قوله مرض الموت) وهو الذى لايخرج صاحبه الى حوائج نفسه كذا ذكره الفضلى والمعتبر عند الاوزجندى ان لايقدر الفقيه على الخروج الى المسجد والسوقى الى دكانه والمرأة على الصعود الى السطح كما فى العمادية (قوله وعلم معاينة) جملة حالية قيد للكل اى علم بمعاينة القاضى او الشهود كما فى الشروح (قوله ولنا ان المريض محجور) وسبب الحجر تعلق حق الغرماء والورثة بماله بسبب المرض والحاصل ان الدين الثابت قبل الحجر لايزاحمه الثابت بعده

ولكن ما لوعلم منه سببه بلا اقرار يلحق بالثابت قبل الحجر فيؤخر عنهما الثابت بمجرد الاقرار ثم الدين الثابت بالسبب نوعان نوع لوقبض صاحبه من المريض ذلك لايشاركه فيه صاحب الدين الصحة كالمقرض والبايع ونوع يشارك فيه معه كمهر قبضته المرأة واجرة قبضها الآجر كما في غاية البيان واجرة مسكنه ومأكله وملبسه وثمن ادويته واجرة طبيبه من النوع الاول لو قبضت لايشاركها الغرماء والمهر من النوع الثانى ولم يعد من التبرعات لان النكاح من الحوايج الاصلية والعبرة لاصل الوضع لا للحال فلايرد مالوتزوج مع عدم الاحتياج بان كان له نساء وجوار اوهوشيخ كبير اوالمرأة آيسة كما في المنبع والمقدسى وتكملة الديرى (قوله ولم يجز تخصيص غريم) اى لم يجز للمريض قضاء دين بعض الغرماء اى غريم كان من غريم الصحة والمرض حتى لوفعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون بين الغرماء بالحصص وقد عرفت ان قضاء قرض وثمن مشترى به مستثنى من هذا التعميم وهو المصرح به فى الهداية وقوله ولا قراره لوارثه حتى لوسلمه شيئا لايستبد فيه بل يكون بين الورثة بحصصهم (قوله لقوله عليه السلام ان الله تعالى الحديث) لم يأت بآخر الحديث وهو مصرح به فى الهداية وهو لااقرار له بالدين لشذوذ هذه الزيادة والمشهور لاوصية للوارث كما فى المبسوط وادلالة نفى الوصية على نفى الاقرار له بالطريق الاولى لان بالوصية انمايذهب ثلث المال و بالاقرار يذهب كله فابطالها ابطال للاقرار بالطريق الاولى كما فى المنبع فظهر ان مايقال المدعى عدم جواز الاقرار والدليل دليل على عدم جواز الوصية فالصواب ما اتى به صاحب الهداية ساقط غايته ان الدليل لم ينحصر على عبارة النص كما صرح به فى الاصول (قوله اى بقية الغرماء و بقية الورثة) تبع المصنف فى تعميم هذا الاستثناء صدر الشريعة بناء على انهما اراد بالتصديق القبول على طريق عموم المجاز فيشمل الصورتين او بناء على انه من قبيل تقلدت سيفا ورمحا والمراد بالتصديق فى الغرماء التصديق والرضا كما فى البرجندى يعنى الا بتصديق البقية ورضاها او على ان يكون فى التصوير من قبيل علفتها تبنا وماء باردا فيكون التقدير كذلك وكل من ذلك لايخلو عن تمحل الا ان عبارة المتون لاتنفك عنه كثير التكثير الفائدة كما لايخفى ثم المعتبر تصديق بقية الورثة بعد موت المريض حتى لو اجاز واقبل موته لايعتبر اجازتهم ولهم ان يرجعوا كما فى الخانية وذكر شيخ الاسلام نظام الدين وهو ابن صاحب الهداية يكفى تصديقهم فى حيات المورث ولايحتاج الى التصديق الجديد كما فى العمادية والبرجندى اقول ينبغى ان يكون على هذا المنوال رضاء الغرماء قبل موته تدبر (قوله ولكن ترك القياس) لما روى عن ابن عمر كذا فى الايضاح والهداية وايضا الاقرار اخبار فى نفسه عن لازم وانما جعل تبرعا فى حق غرماء الصحة لئلايبطل حقهم وكان الظاهر من حال العاقل ان لايكذب فى اخباره سيما فى حال المرض فيثبت الدين والثلث يعتبر بعده فافترق هو والوصية اشير اليه فى الاسرار (قوله بخلاف المسئلة الاولى) فان سبب التهمة ثابت بينهما لان دعوة النسب الخ ولذلك ان المريض المسلم لو اقر بدين لابنه النصرانى او العبد فاسلم اواعتق قبل موته فالاقرار باطل لان سبب التهمة بينهما كان قائما حين الاقرار وهو القرابة المانعة للارث ولو فى ثانى الحال وليس هذا كالذى اقر لامرأة ثم تزوجها و الوجه ظاهر كما فى غاية البيان نقلا عن وصايا الجامع الصغير وذكر فخر الدين قاضيخان فى شرحه خلاف زفر فى الاقرار لابنه وهو نصرانى اوعبد الخ فقال ان الاقرار صحيح عند زفر لانه وقت الاقرار لم يكن وارثا اقول يظهر من هذا ان مذهبه مضطرب لان هذا التعليل يقتضى صحة اقراره فى المسئلة الثانية ايضا تدبر (قوله لمن طلقها فيه) اطلقه والمراد تطليقها مبانة و بسوالها ذلك

To: www.al-mostafa.com

وهي في العدة وقد سبق تفصيلها في باب طلاق الفار ولذلك اهمل عن هذه القيود ومحلها
الانسب ثمه ولذلك فصل فيه فالاهمال هنا عن بعض قيود يكون حوالة عليه وقوله من الارث
والدين لفظ من البيان لانه صلة للاقل وقد مر غير مرة وقول صاحب الهداية في باب طلاق
المريض وان طلقها ثلثا بامرها الخ في معنى بسؤالها واهماله واهمال شراحه عنه هنا بناء على
الحوالة عليه كما لايخفى (قوله اقر رجل ببنوة غلام) قيد الغلام اتفاقي اذ لو اقر ببنوة امرأة كان
الحكم كذلك ايضا والمراد ولد بلا واسطة حتى لو اقر لشخص انه ولد ابن ابنه لم يثبت نسبه وكان
حكمه حكم ما اقر باخ كما في البرجندي وقيد الرجل على الخصوص لان المقر لو امرأة لايثبت
النسب على ما سيجئ الا انه اعم من ان يكون مريضا وايضا صحيحا اذ لافرق بينهما في الاقرار
بالنسب (قوله وقد مر بيان فائدة هذا القيد) لو اراد بهذا القيد جهل نسبه فلاحاجة الى هذه
الحوالة لمكان قوله فيما سيجئ شرط جهالة النسب الخ ولو اراد به قوله في مولده لم يسبق
التعرض له فكيف يصح الحوالة ثم المراد بمولده بلد هو مسقط رأسه كما في الكفاية والمذكور
في شرح تلخيص الجامع الكبير في بلده ثم اختلفوا في ان المراد به مسقط رأسه ومولده كما اختاره
في الكفاية وفي القنية بعلامة (بم) مجهول النسب الذي يذكر في الكتب هو الذي لايعرف
نسبه في البلدة التي هو فيها واختاره المقدسي و بعض اصحاب الحواشي بانه هو الظاهر لان
المغربي اذا انتقل الى المشرق فوقع عليه حادثة فتفتيش نسبه في المغرب فيه حرج اقول قول
المجتهد في بلدة يحتمل ان يراد به بلد هو مسقط رأسه او بلد اتخذه وطنا وان لم يكن مسقط
رأسه فالاول احوط والثاني اوسع وفي القنية ايضا قال (قع) قال لمعروف النسب انت ولدي
ولا وارث لي غيرك فاذا مت فجميع تركتي لك لايستحق الثلث بطريق الوصية وقال (قع حم)
صح في الثلث وصية وقال (مت) ينبغي ان يصح في الكل اذا لم يكن لها وارث واختار صاحب
القنية جواب (قع) حيث قال هو اشبه بالصواب لان الميت لم يخرج الكلام مخرج الوصية اقول
ينبغي ان يختار جواب (مت) لان ظاهر كلامه ان يكون له جميع تركته وهذا عين وصية الا انه
اختار هذا الطريق في ذلك ظنا بانه آكد منها على ان قوله انت ولدي يحمل على التشبيه البليغ
بقرينة كونه معروف النسب من الغير فظهر ان له الثلث وصية لو كان له وارث والا فالكل له
تدبر (قوله صح اقراره بالولد الخ) اي بالشرائط المذكورة في المسئلة المتقدمة كما في عامة الشروح
والتحقيق فيه ان المقدمة لما كانت توطئة لهذه المسئلة الشاملة لها ولغيرها استغنى بذكر
الشرائط المذكورة فيها هنا غايته ذكر عام بعد خاص فمثل هذا من ديدن اصحاب المتون
بل في كلام الفصحاء شايع كما لا يخفى على من تدرب اطلق اقراره به فشمل اقراره به
في الصحة والمرض لانهما سواء في الاقرار بالنسب والنكاح والولاء كما في المبسوط (قوله
لانه اقر على نفسه الى اخره) وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره بالام كصحته
بالاب وهو موافق الهداية والتحفة وشرح السراجي لمصنفه ومخالف لعامة الكتب من المبسوط
والايضاح والجامع الصغير للمحبوبي وغيرها وقال صاحب النهاية في حق الاول والله تعالى
اعلم بصحته ورده صاحب العناية بانه قد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور اقول والتحقيق
فيه ان دلالة الدليل المذكور على صحة اقراره بالام ممنوعة لان ذلك الاقرار لايصح الا بتصديقها
والتصديق منها يوجب تحميل نسبه على زوجها فيكون بمنزلة اقرارها ابتداء بالولد وذا لايجوز
من غير تصديق زوجها على ما سيجئ وقد سبق ايضا فظهر وجه عدم جزم صاحب النهاية

بصحة هذه الرواية ومايقال فى التوفيق بين الروايتين يحمل الاول على ما اذا لم تكن المرأة ذات زوج والثانية على ما اذا كانت ذات زوج مدفوع بانه لم يبق حينئذ فرق بين هذا وبين اقرارها بالولد فانه يصح ايضا على ماسيجئ وبالجملة فالظاهر ماذكر فى عامة الكتب هذا زبدة مافى تكملتي شيخي الاسلام (قوله والزوجة بشرط ان يكون خالية عن نكاح الغير وعدته) وان لايكون تحت المقر من لايجتمع معها كاختها واربع سواها واراد بالمولى مولى العتاقة اطلقه فشمل الاعلى وهو المعتق بكسر التاء والاسفل وهو المعتق بفتحها هذا اذا لم يكن ولاؤه ثابتا من غيره لان الولاء كالنسب اذا ثبت من احد يمنع ثبوته من الغير كما فى الشروح (قوله وفى البدرية) المراد اقرار الاسفل للاعلى واما العكس فيكون دعوى لااقرارا اقول هذا اوجه كما لايخفى (قوله لان الاصل ان اقرار الانسان الخ) اى ذكرا كان او انثى هذا هو المراد لان الانوثة لاتمنع صحة الاقرار على نفسها وقوله وبالاقرار والياء من طغيان القلم وتذكير ضمير نفسه لانه راجع الى الانسان ومن صوب تأنيثه لم يصب وقوله فيثبت نسبه بمجرد الاقرار يعني من غير حاجة الى التصديق (قوله وصح التصديق) اى من هؤلاء بعد موت المقر الخ اما فى النسب والنكاح فعلى ماذكر فى الشرح واما فى الولاء فانه اذا اقر بعبد لانسان ثم مات العبد بطل الاقرار ولكن لو صدقه المقر له بعد موته يصح فى كسبه الذى اكتسبه بعد الاقرار لان الاقرار بالعبد اقرار بكسبه فيقوم مقامه بخلاف المرأة المقرة فان الارث انما يثبت بعد الموت على سبيل الخلافة بسبب الزوجية لابحق الاقرار فتصديقه بعد موتها دعوى ارث مبتدأ وذا لايجوز كما فى الاسرار والايضاح ثم فائدة تصديق هؤلاء ثبوته على طريق العموم لا الخصوص فالابن المقر له مثلا يرث من المقر مع سائر ورثته وان جحدوا كونه ابنا ويرث من اب المقر وهو جده وان كان الجد منكرا كونه ابن ابنه وعلى هذا القياس غيره وباقى التفصيل فى النهاية (قوله اقر بنسب من) غير ولاد اراد به الولاد الاصلى اوالفرعى بلا واسطة وهو الكامل فيشمل الغير ابن الابن والجد ايضا كما صرح بهما فى الكافى اراد بابن الابن فرع الولد وبالجد اصل الابوين ومثل هذا الاجمال غير قليل فى المتون فلا يعد مخلا كما لايخفى (قوله وورث الامع وارث وان بعد) اطلقه فشمل الزوج والزوجة وهذا مستقيم على قول بعض مشايخنا انه يرد عليهما ايضا فى زماننا كما فى القنية والاصح ان ليس لهما الرد فيرث المقر له معهما كما فى البرجندى واراد بالقريب صاحب فرض وعصبة واومولى العتاقة وبالبعيد من كان من ذوى الارحام ومولى الموالاة ولايكون له الثلث بالوصية لانه ما اوجبه وصية وانما اوجبه ارثا كما فى الكافى وغيره وانت خبير بان هذا لم يخالف ماسبق من القنية تدبر (قوله بلا نسب) تصريح بما علم من المسئلة السابقة تأكيدا وذكر فى العمادية ان احد الاخوين اذا اقر باخ وانكر الآخر فالمقر يعطى الاخ المقر له نصف ما فى يده ولم يثبت نسبه بالاتفاق وفى موضع آخر منها الوارث الواحد اذا اقر بابن آخر للميت لايثبت نسبه منه خلافا لابى يوسف واتفقوا ان يشاركه فى الميراث والظاهر ان بينهما مخالفة كما ظن ولكن اقول لامخالفة بينهما لان فى الاول منكرا من الورثة وفى الثانى لم يوجد فابو يوسف قال بثبوته فيما لم يوجد منكر وان كان فيه تحميل النسب على الغير وقد ذكر فى البدايع وغيره ان الوارث لو كان كثيرا فاقر واحد منهم باخ آخر ونحوه لايثبت نسبه ولايرث معهم ولو اقر منهم رجلان اورجل وامرأتان يثبت نسبه بالاتفاق ولو كان الوارث واحدا فاقر به يثبت عند ابى يوسف خلافا لابى حنيفة ومحمد وبقول ابى يوسف اخذ الكرخى انتهى وظاهر اطلاق المتون على ترجيح قولهما

كما لايخفى (قوله له على آخر دين) صفة لميت وتنكير آخر مفصح ان هذا الآخر ليس آخر من الوارثين غير المقر فيظهر ان ليس اشتباه في العبارة كما ظن وقوله لاشئ له اى للمقر والنصف للآخر وهو المكذب من الابنين والمقام معين لان النصف لايحتمل ان يكون للمديون كما لايخفى (قوله وان تصادقا على اشتراكه) ان وصلية اما المقر فانه يزعم ان الدين هذا القدر وهو مشترك بينهما واما غير المقر فانه يقول الكل مشترك وليس الدين بهذا القدر فيكون مقرا بان ماقبضه مشترك كما في الكفاية وغيره ولو اقر ان اباه قبض كل الدين والمسئلة على حالها كان الجواب كما في الاولى الا انه يحلف المنكر هنا لحق المديون بقي مايعلم انه قبض كل الدين فان نكل برأت ذمته وان حلف دفع اليه نصيبه بخلاف الاولى حيث لايحلف فيها لان حقه حصل من جهة المقر وهنا النصف فقط كما في التبيين (قوله لانه لو رجع الخ) تعليل لعدم الرجوع ﴿فصل﴾ اخذ المصنف هذا الفصل من متفرقات كتاب الاقرار من الكافي واشكل من مسائل الجامع الكبير (قوله وعندهما لا) لما لم يقف على من رجح قول الامام على قولهما صرح بذكر قولهما في المتن فان عادته المألوفة التصريح بقولهما ايضا عند رجحان قولهما على قوله وكذا عند التساوى بينهما (قوله صح في حقهما) اى حق المرأة حتى صارت امة للمقر له ومن ذلك اذا علق بعد الاقرار والديكون رقيقا هكذا في شرح التلخيص للجامع الكبير والمصنف اكتفى بفرع الفرع لظهور الاول وقوله وفرع على قوله وحقه الخ الواو في وحقه بدل كلمة لا من طغيان القلم (قوله حتى لايبطل النكاح) لعدم اذن المولى وهو المقر له ولايكون لها خيار العتق لان النكاح لازم لما تقرر ان اقرار المقر اذا تضمن ابطال حق غيره انما يعتبر في حق نفسه دون غيره كما في تنوير التلخيص (قوله وما في بطنها وقته) بان ولدت لاقل من ستة اشهر منذ اقرت للتيقن بعلوقه قبل ثبوت رقها واما المولود لستة اشهر فصاعدا قد يحتمل العلوق ايضا قبل الاقرار الا ان الاصل في الحوادث لما كان اضافتها الى اقرب الاوقات رجح به كون علوقه بعد الاقرار كما في التنوير (قوله وحرا عند محمد الخ) عطف على قوله رقيقا عند ابى يوسف رجح قول ابى يوسف هنا على قول محمد لماوقع الترجيح كذلك في التلخيص وقوله يرثه وارثه وسهم الولاء للمقر له حال حيوة المقر سواء كان للمقر عصبة اولا وقوله لانه اى لان ارثه كان للمقر والحال انه قد اقره للمقر له اذ العبد ومايملكه لمولاه وقوله فارثه اى ارث العتيق لعصبة المقر سواء مات المقر عتيقا اورقيقا لان زعم المقر معتبر في حق نفسه مردود في حق غيره فلم يعتبر قوله في حق عصبته فينتقل الولاء اليهم بخلاف مالوكان المقر حيا لان الاستحقاق حينئذ له وقد اقر ان الحق للمقر له كما في التنوير والكافي (قوله قال لى عليك الف الخ) اقول هذه المسائل معرفة اومنكرة اومكررة اومقرونا بها البر ينبغي ان تذكر عند قوله وقوله نعم اقرار الخ لوجهين الاول انها من قبيل نعم والثاني انها نظيرة اتزنها اواتزن فنظير الاول قوله الحق ونحوه لان المفعول المطلق اوالمفعول به لايستقل بنفسه بل لابد من فعل كما ان اتزنها كلام لايستقل بنفسه لان الهاء ضمير لابد له من مرجع سابق ونظير الثاني قوله الحق حق ونحوه لانه كلام تام غير محتاج الى ماقبله وكذلك اتزن ثم هذه الالفاظ الرواية فيها النصب وعليه كلام المصنف حيث صرح به في المنكرة امابكونه على المصدرية والتقدير القول الحق الخ اوبكونه مفعولا به اى ادعيت الحق الخ وجاز في الكل الرفع على انه خبر مبتدأ محذوف يدل عليه فحوى الكلام فالتقدير قولك الحق اودعواك الحق الخ ولوقدر مجرورا فله وجه ايضا فيكون التقدير قولك اودعواك بالحق ولولم يعرب فيحمل على واحد منها فلا يختلف

الحكم في الجميع في الصحيح كذا في الجامع العاملي نقله منه صاحب التنوير (قوله اوقرن) بها البر) قيد به لانه لو قرن بها الصلاح لم يكن اقرارا لان الصلاح محكم في الرد اذ القول لا يوصف به فيكون امرا بالصلاح والاجتناب عن الكذب فيحمل ما قرن به عليه اطلقه ولكنه مقيد بالنصب اذ لو رفع يكون جملة تامة من مبتدأ وخبر فلا يجعل جوابا لما سبق بخلاف تكرير هذه الالفاظ حيث يحمل على التأكيد واشار بالمقارنة الى ان البر لو انفرد معرفا اومنكرا اومكررا لا يكون اقرارا لعدم العرف كما في التنوير (قوله لانه كلام) تام من مبتدأ وخبره مستقل بنفسه) هذا هو المنطوق وجعله جوابا انما هو باعتبار دلالة الحال وذا ساقط في مقابله وقوله لانه لا يصلح للابتداء اى لان يكون كلاما مبتدأ هذا هو الظاهر اولا يصلح لان يكون مبتدأ لانه لو رفع يكون خبرا لمبتدأ يقدر بدلالة الحال وهو قولك اودعواك على ما اشرنا اليه (قوله قال لامته يا سارقة الخ) مأخذ هذه المسائل باب من الاقرار بالعيب في الجامع الكبير واتيان المصنف بها في اواخر باب خيار العيب انسب من اتيانها هنا كما لا يخفى (قوله والاخير) اى هذه السارقة فعلت كذا الشتيمة جملة وقعت شتما من القائل وقوله بخلاف هذه سارقة الخ وكذا هذه السارقة الخ بلام التعريف الحاصل ان الاعتبار الى مجيء الوصف خبرا فيستوى حينئذ كونه معرفا اومنكرا بخلاف مجيئه نعتا فحينئذ يحمل على الشتم هذا هو المصرح في تلخيص الجامع الكبير وعليه كلام الكافي فيظهر منه ان تنكير هذه الاوصاف في عبارة المصنف ليس للاحتراز (فرع) تصرف المريض فيما ينقض كالهبة ونحوها صح في الحال فيثبت الملك للموهوب له ثم ينقض ان احتيج اليه وفي غيره كالاعتاق يتوقف مريضة اقرت باستيفاء مهرها وقبل الطلاق لم يصح وبعد الطلاق والعدة صح وان كانت في العدة ودين الصحة محيط لم يصح وان لم يحط قضى الدين اولا ثم له اقل من المهر والارث قالوا هذا قول ابي حنيفة وعندهما يصح في الكل اصله اذا طلقها بسؤالها ثم اقر لها بدين اواوصى واذا تواضع رجلان في السر بحضرة الشهود على ان يتبايعا بشيء يخاف البايع ان يغصب منه ثم البايع قال في مجلس آخر بعتك بالف وقال الآخر قبلت صح البيع ان اتفقا على الاعتراض اواختلفا بان ادعى احدهما الاعتراض والآخر البناء اواتفقا على ان لا يحضرهما شيء وانما يفسدان لو اتفقا على البناء هذا عند ابي حنيفة واما عندهما فسد في الكل الا ان يتفقا على الاعراض والاصل عنده انه جعل صحة الايجاب اولى لان العقد في الظاهر جد وهما اعتبرا العادة وهو تحقيق المواضعة ما امكن هذا من متفرقات الكافي ايضا وفيها فوائد مثلها

﴿ كتاب الشهادات ﴾

(قوله اورده عقيب الاقرار الخ) وقدمه على القضاء وهو الاولى لان القضاء موقوف عليها اذا كان ثبوت الحق بها الا ان في الهداية اخره عن القضاء لانه المقصود من الشهادة تقديما للمقصود على الوسيلة (قوله اخبار بحق للغير على آخر) اطلق الحق فشمل حق الله اوحق غيره وهو المراد من قوله سواء كان الخ فدخل في التعريف الشهادة في الزنا والشهادة في هلال رمضان والعيد وقوله عن يقين متعلق بقوله اخبار وتمام هذا التعريف بقيدين اخيرين وهما قولنا بلفظ اشهد في مجلس القضاء وتركهما لاغناء قوله وركنها وحكمها الى آخرهما اذ من ديدنهم ترك بعض قيود التعريف حوالة على الفهم من المقام كما لا يخفى على من تدبر فالتعريف الاخصر الجامع اخبار صدق لاثبات حق بلفظ اشهد في مجلس القضاء فيخرج من هذا التعريف دعوى الوكيل من غير تأويل (قوله انها مشتقة من المشاهدة) ولما كانت المشاهدة اظهر في معنى الاطلاع على الشيء عيانا

جعلت اصلا وفرض ان الثلاثى مشتق منه كما قال صاحب الكشاف ان اليم مشتق من التيم والبرج من التبرج لظهور المزيد فى هذا المعنى (قوله وشرطها العاقل الخ) ولم يذكر الاسلام لان الذمى اهل للشهادة فى الجملة كما فى فتح القدير (قوله والضبط وهو حسن السماع الخ) ويدخل فى الضبط البصر للحاجة الى التمييز بين المدعى والمدعى عليه كما فى الفتح (قوله لفظ اشهد) اشار به الى خصوص هذا اللفظ فلا يجوز بلفظ الماضى ولا بلفظ من مادة اخرى كاعلم واتيقن وعليه ظاهر الكتاب والسنة والجارى على السنة الامة سلفها وخلفها فى اداء الشهادة مقتصرين عليه فكان كالاجماع على تعيين هذا اللفظ ولم يخلو من معنى التعبد اذلم ينقل غيره ولعل السر فيه ان المضارع موضوع للاخبار فى الحال وعليه قوله تعالى نشهد انك لرسول الله اى نحن شاهدون بذلك الآن وقد تضمن لفظ اشهد معنى القسم والمشاهدة فكان الشاهد قال اقسم بالله لقد اطلعت على ذلك وانا الآن اخبربه وهذه المعانى مفقودة فى غيره من الالفاظ ولهذا اقتصر عليه احتياطا واتباعا للمأثور ثم هذا اللفظ يتعدى بالباء فى هذا المعنى وقولهم اشهد ان لا اله الا الله تعدى بنفسه لانه بمعنى اعلم هذا زبدة مافى الشروح فى بعضها اجمالا وفى بعضها تفصيلا فيكون هذا تحقيق قول المصنف فيما سيأتى لان النصوص وردت الخ (قوله بمعنى الخبر دون القسم يريد به ان معنى الخبر فيه اصل وسلب معنى القسم عنه بناء على ان لا يكون فيه اصلا فلا يمنع كونه تبعا له بل هو المراد لما سبق ولهذا لايحلف الشاهد لتضمن شهادته ذلك كما فى البزازية وقوله حتى اذا ترك الخ تفريع على كونه ركنا كما نقل عن المصنف (قوله وحكمها وجوب الحكم على القاضى بموجبها بعد التزكية) يراد به الوجوب على الفور حتى لولم يره واجبا على نفسه واخره يكفر ولو اخره مع رؤيته الوجوب يفسق ويستحق العزل كذا فى سيف القضاة على البغاة وشرح المجمع لابن ملك ولكن ذكر فى معين المفتى للغزى صاحب المنح حيث قال شاهدان شهدا على رجل بمال وعدلا وتوجه الحكم فدعى القاضى المدعيان الى الصلح فاصطلحا على بعض ذلك الدين ثم رجع احد الشاهدين لايضمن شيئا لانه ما اتلف شيئا لان القاضى لم يقض بشئ بتلك الشهادة فان الصلح يكون عن تراض انتهى وانت خبير بان هذا يدل على جواز تأخير الحكم عند مخائل الصلح بينهما وعلى عدم التفسيق به هذا (قوله وتجب) اى الشهادة اراد بها اداءها عند القاضى ثم الوجوب انما هو فيما اذا تحمل الشهادة بان اشهد عليه على ما هو اشارات كثيرة من الكتب كما فى البرجندى ورجل له شهود كثيرة فدعى بعضهم لاداء الشهادة وهو ممن تقبل شهادته لايسعه الامتناع عن الاداء كما فى نوادر هشام عن محمد وذكر فى العيون ان كان فى الصك جماعة تقبل شهادتهم وسعه ان يمتنع وان لم يكن اوكان ولكن قبولها مع شهادته اسرع وجب كما فى الفتح وهكذا فى الخزانة فعلى هذا ان قول المصنف ان لم يوجد بدله لبس على اطلاقه وذكر فى البزازية انه اذا طلب منه الاداء ان كان يجد المدعى غيره فله الامتناع والالا وهكذا فى الحاوية (قوله بالطلب) اى طلب المدعى هذا اذا علم المدعى من له الشهادة اما اذا لم يعلمه فالواجب عليه عند خوف فوت الحق ان يشهد بلا طلب كما فى الفتح والحاوية او الواجب عليه اعلام المدعى بما يشهد به فان طلب وجب عليه ان يشهد والالا اذ يحتمل انه ترك حقه لما فى المقدسى (قوله وان علم ان القاضى لايقبل شهادته) اشار به الى انه لو غلب على ظنه انه يقبل شهادته يتعين عليه الاداء كما فى البحر تفقها اقول وكذا ينبغى ان يتعين عليه الاداء

لوشك فى قبوله لما ان شيئا اذا دار بين مبيح ومحرم فالرجحان للمحرم للاحتياط (قوله سترها في الحدود افضل) اشار به الى ان الشاهد مخير بين ان يشهد حسبة لله تعالى و بين ان يستر ولم يشهد لان كل واحد منهما امر مندوب الا ان الستر افضل كما في عامة الشروح وعليه كلام المصنف الاان صاحب الفتح ساق كلامه فى كتاب الحدود على ان تكون الشهادة به خلاف الاولى التى مرجعها الى كراهة تنزيه ثم افضلية الستر انما يكون بالنسبة الى من لم يعتد بالزنا اوزنى مرارا مستترا متخوفا من الله ومتندما عليه اما اذا وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة اولى من تركها زجرا لهم عن المعصية واخلاء الارض من الفواحش وذا مطلوب الشارع انتهى خلاصة كلامه (قوله وتلقينه مبتدأ خبره آية ظاهرة) اى دلالة يريد به ان فى الحديث السابق دلالة ايضا على رجحان الستر ولذلك علل به الافضلية الاان دلالته دون دلالة التلقين لا ان دلالته على جواز الستر فقط كما ظن (قوله ويقول فى السرقة اخذ) هذا القول من الشاهد واجب من حيث انه شهادة لحق المالك ومندوب افضل من حيث هذا الطريق لمحافظة الستر والمصنف اطلق القول ليعمهما واختار فى القدورى صيغة الوجوب لكونه استدراكا من التخيير ولان الوجوب يدخل فيه المندوب بخلاف العكس فظهر ان لامسامحة فى عبارة القدورى كما ظن (قوله احياء لحق المسروق منه) فانه لو قال سرق ووجب القطع انتفى ضمان المال ان كان اتلفه لان القطع والضمان لايجتمعان كما فى الشروح (قوله لقوله تعالى واللاتى يأتين الآية) ولفظ اربعة نص فى العدد واما افادة الآية الرجال فبناء على ان قبول شهادة امرأتين مع ثلثة رجال مخالفة للناص من العدد ومعارضة عموم قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان لخصوص هذه الآية مدفوعة بان ذلك مبيحة وهذه مانعة والمانع مقدم غايته ان هذا القيد زيادة وشبهة الدرء والشبهة كالحقيقة فيما يندرئ بالشبهات كما فى الفتح وغيره (فرع) لوعلق عتق عبده بزناه ثم ادعى العبد زناه وشهد به رجلان يعتق العبد ولايحد المولى ويستحلف المولى وفيه خلاف ذكره فى الخانية قلت يحد حد القذف المدعى والشاهدان كما سبق نظيره فى كتاب الحدود ولوقال ان شربت الخمر فمملوكى حر فشهد رجل وامرأتان بشربه عتق العبد ولايحد وكذا لوعلقه بالسرقة فيضمن المال ولايقطع ويعتق العبد اطلق المسئلتان فى الولوالجية واسندتا الى ابى يوسف فى الخانية قال وبه يفتى (قوله من شبهة البدلية كالتيمم مع الوضوء) الاانه لما اعتبر شهادتهن مع امكان الرجال نزلت الى شبهة البدلية وهى كالحقيقة فيما يندرئ بالشبهات ولذلك لم تقبل الشهادة على الشهادة فى الحدود ووجه ذلك ان قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان خرج مخرج قوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام وقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا فشهادة النساء فى صورة البدلية والتحقيق فيه ان الشرط كما يستعمل فى الترتيب كذلك يستعمل فى الحصر والكل حقيقة لغوية تتوقف المشروط على الشرط هو شرط يراد به الترتيب لا الحصر وعليه قوله تعالى فمن لم يجد الآية ولواريد به الحصر فلايدل على الترتيب بل لابد من قرينة والآية فيما نحن فيه من هذا القبيل اذ لاحجة تامة من الشهادة فى الشريعة الاشهادة رجلين اوشهادة رجل وامرأتين هذا هو المراد المجمع عليه من البينة الكاملة فى الاموال وقداجتمعت الامة على تمام حجية شهادة رجل وامرأتين عند وجود رجلين وعلى ان عدمهما ليس بشرط فلم يبق الاشبهة البدلية

لاشتراك الشرط فى الترتيب والحصر على انه ورد نص فى عدم قبول شهادة النساء فى الحدود والقصاص فلم تقبل فيهما (قوله واستهلال الصبى للصلوة عليه) قيد به لان شهادة امرأة على استهلاله فى حق الارث لاتسمع عند ابى حنيفة وتسمع عندهما وبه قال الشافعى ومالك واحمد وهوارجح كما فى الفتح اقول ومن الله التوفيق ان المراد بالارث المختلف فيه هو الذى عين للولد فى بطن امه اما لو شهدت بانه ولد مستهلا فمات بعد ان مات زيد اووقع وقت موته على ماشهدت به بعد موت زيد وزيد مورث له فلاتقبل فى حق هذا الارث بالاتفاق لان ذا دعوى اخرى و موت الصغير لم يكن مما لايطلع عليه الرجال كموت زيد وقد صرح فى القنية وحاوى المنية نقلا عن (بم) ان الورثة متى اختلف فى تاريخ موت الاقارب فالبينة بينة من يدعى الارث اوزيادته و القول قول من ينكر انتهى فيدخل ما ذكر تحت هذا الضابط فلايكفى شهادة واحد وكيف واحدة تدبر (قوله والبكارة فى تأجيل العنين سنة بقولها) انها بكر فاذا مضت واختلفا فى الوصول وقالت هى بكر تخير فى الفرقة وكذا فى رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة ثم اختلفا فقالت امرأة هى بكر لزمت المشترى ولو قالت هى ثيب يثبت العيب فى حق سماع الدعوى وتوجه اليمين على البايع بانها بكر لافى حق الفسخ فان حلف لزمت المشترى وان نكل ردت على البايع كما فى الشروح (قوله وعيوب النساء) اى المبيعات من الحبل ونحوه وكذا الحيض والعدة ونحوهما والاضافة تفيد الخصوص وهوعيب فى موضع لايطلع عليه الرجال ولذلك لم يقيد فى المتن و بين فى الشرح للتوضيح حتى لو لم يكن عيب فى موضع يطلع عليه الرجال كاصبع زائدة لاتقبل شهادة النساء وحدهن كما فى البرجندى ثم الاقتصار على ما ذكر ظاهره يدل على عدم قبولها فى غيره ولكن ذكر فى الحاوى القدسى وخزانة الفتوى ان شهادة النساء وحدهن تقبل فى القتل فى الحمام فى حكم الدية وكذا شهادة الصبيان فيمايقع بينهم وذكر فى خير مطلوب خلافه (قوله امرأة واحدة) اعلم ان تخصيص جواز شهادتها فى حق البكارة امافى غيرها فلوشهد رجل عدل قبلت اذا شهد باتفاق نظره ولوقال تعمدت النظر اختلف فى قبول شهادته وصحح فى الايضاح بانها تقبل مطلقا بل اولى كما فى المنبع وايضاح الاصلاح (قوله فيراد به الاقل لتيقنه) وابطال ان العدد بواسطة الجنسية قال الامام حسام الدين السغناقى فى نهايته وهذا مما يحفظ فى ابطال الالف و اللام معنى الجمعية و ان كان فى موضع الاثبات فكان رد القول بعض الاحداث ان ذلك فى موضع النفى لافى موضع الاثبات انتهى (قوله ولزم فى الكل لفظ اشهد) هذا صريح فى ان لفظ الشهادة فى شهادة النساء بالولادة وغيرها شرط وهو الصحيح كما فى الشروح و ذكر لفظ اشهد هنا بناء على كونه من شرائط القبول وذكره فيما سبق بناء على كونه ركنا فلايغنى احدهما عن الآخر كذا قيل اقول يظهر منه ان الشئ قد يعد ركنا باعتبار وشرطا باعتبار مع ان المحل واحد تدبر (قوله من الصور) اراد به الانواع وهو المصرح به فى البيانية و المنبع و قوله و فيه اشارة اى فى تقييد العدالة بقوله لوجوبه وقوله والاصح ان شهادته اى شهادة الفاسق ولو وجيها لاتقبل لان هذا تعليل فى مقابلة النص فلايقبل وقوله الا ان القاضى لوقضى الخ ويكون القاضى عاصيا كما فى الفتح وسيجئ بعض تفصيل فى كتاب القضاء (قوله وهى كون حسنات الرجل اكثر) مااختاره المصنف فى تفسير العدالة احسن ماقيل فيها كما فى المحيط واصح مانقل فى تفسير الكبيرة هو المنقول عن شمس الائمة الحلوانى انه قال ماكان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة

اسم الله تعالى والدين فهو من جملة الكبائر يوجب سقوط العدالة كما في الذخيرة وغيرها (قوله تجب الاشارة الى ثلثة مواضع) ومن ذلك لو قال الشاهد الثاني اشهد مثل شهادة صاحبي لاتقبل عند الخصاف وتقبل عند عامة المشايخ وقيده الاوزجندي بما اذا قال لهذا المدعي على هذا المدعى عليه وبه يفتى كما في الخلاصة وقال الحلواني اذا كان فصيحا لاتقبل منه الاجمال وان كان عجميا تقبل بشرط ان يكون بحال ان استفسر بين وقال السرخسي ان احس القاضي بخيانة كلفه التفسير والا لا كما في المقدسي (قوله والمشهود به لوكان عينا) قيد به لانه لو كان دينا يجب عليه ذكر جنسه وقدره بل ذكر وصفه لما ان صحة الدعوى مبنية عليه وكذا صحة الشهادة وهذا القيد افاده المصنف زيادة على ما في العمادية ولله دره ثم لايذهب عليك ان قوله لوكانت على حاضر لايغني عن ذكره كما ظن اغناؤه وعدم الاغناء هو الظاهر كما لايخفى (قوله ولوكانت على غائب) كما في الدعوى على وكيله او في نقل الشهادة فمن قصر على الثاني قصر (قوله يكفي والصحيح انه لايكفي) وقد صرح في جامع الفصولين بان الغرض التعريف حتى لوكان معروفا بلقبه وحده يكفي ذكر لقبه وحده انتهى والحاصل ان المعتبر انما هو حصول المعرفة وارتفاع الاشتراك كما في الخانية وذكر في الايضاح ان الصناعة بمنزلة الفخذ في العجم لانهم ضيعوا انسابهم انتهى وذكر اسم العبد ومولاه ونسبته اليه يكفي كنسبة المرأة الى زوجها وبه افتى الصدر كما في البحر (قوله ولايسئل عن شاهد الخ) هذا عند ابي حنيفة لما صرح بقولهما فيما بعد ثم قيل هذا اختلاف حجة وبرهان كما في الشروح وعليه كلام المصنف وقد قيل في بعضها انه اختلاف عصر وزمان لان افتاهما في القرن الرابع الذي فشى الكذب فيهم بشهادة النبي عليه السلام وقوله في المسلم قيد اتفاقي لان المتن اعم فالالبق ان يكون شرحه كذلك (قوله وعندهما يسئل في الكل) اى في جميع الحقوق طعن الخصم اولم يطعن هذا اذا لم يعرف القاضي حال الشاهد جرحاوعدالة اما اذا عرف فلا يسأل عنه كما في الملتقط واطلق في السؤال فشمل المسلم والكافر فيسأل عن النصراني اذا شهد على مثله وتذكيته كما في الحاوي الحصيري واذا سكر الذمي لاتقبل شهادته كما في الملتقط يسأل عن الذمي عدول المسلمين والا يسأل عنه عدول الكفار بانه امين في دينه ولسانه ويده وانه ذو يقظة كما في الاختيار والمحيط ثم هذا في العدالة واما الحرية والاسلام فلايسأل عنهما مالم يطعن الخصم فلو طعن فثبوت حرية الشاهد بالبينة او باخبار للقاضي والاول احب واحسن كما في المبسوط وثبوت اسلامه بان شهد بوحدانية الله تعالى ورسالة محمد عليه السلام وكذا لوقال انامسلم واست بكافر ولوذكر القاضي في خلال سؤاله مالا يجوز على الله تعالى للتجربة فهذا جهل من القاضي وحمق وقد اساء فيما فعل ومع ذلك لوفعل واخطأ الشاهد لاتقبل شهادته كما في القنية بعلامة (قع عت عك) ثم السؤال لابد منه كما في الهداية والكافي والمراد وجوبه فيأثم بتركه ولا يبطل الحكم لان العدالة ليست بشرط صحة الحكم كما سبق من غير خلاف فكيف اذا قضى بشهادة المستور ولما في المحيط البرهاني انه لوقضى بالحد ببينة ثم ظهر انهم فساق بعد ما رجم فلا ضمان على القاضي لانه لم يظهر خطأه بيقين انتهى فظهر ان قول المصنف فيشترط الاستقصاء معناه يجب اذا عرفت هذا فاقول ان القضاة في الدولة العثمانية ابدالله تعالى دولتهم ونصرهم على اعدائهم لما منعوا في منشورهم عن القضاء من غير تعديل وتزكية فيما اذا طلب الخصم ذلك وفيما يحتاج اليه لم ينفذ حكم القاضي اذا حكم قبل التعديل وان المأمورين بالافتاء في دولتهم افتوا بعدم

نفاذ ذلك الحكم وباستيناف سماع الدعوى بصدور الامر السلطانى ووجه عدم النفوذ ان القضاة يكونون معزولين عن مثل هذا الحكم فكيف ينفذ (قوله وبه يفتى) وفى الهداية والكافى والفتوى على قولهما فى هذا الزمان يعنى الفتوى على سؤال القاضى عن حال الشاهد مطلقا فى هذا الزمان ثم القاضى مخير بين تزكيتى العلن والسر وبين الاكتفاء بتزكية السر كما فى الخانية وذكر فى التبيين وغيره ان تزكية العلن قد كانت فى الصدر الاول لشوكة اهل الخير والاكتفاء بالسر هو الاولى فى زماننا وعليه كلام المصنف فى الشرح والفتوى عليه كما فى السراجية فظهر ان اللايق على المصنف ان يبين اولوية الاكتفاء فى المتن (قوله وكفى للتزكية هو عدل) لما قالوا انه لو قال لا اعلم منهم الا خيرا فهو تعديل فى الاصح الا انه ينبغى ان يعدل قطعا ولا يقول هم عدول عندى لاخبار الثقاة به كما فى البزازية وصحح هذا الاكتفاء فى الهداية وغيره ولذلك لم يغير المصنف المتن وما انتقده به المص فى الشرح بان الاصح عدم الاكتفاء بذلك وهو مروى عن محمد بن سلمة كما فى الملتقط واختاره السرخسى كما فى الظهيرية مدفوع بما تقرر فى علم المعانى ان الاسمية تفيد كمال مضمونها ودوامها مطلقا وتفيد التأكيد اذا قرن بها تأكيد آخر من صيغة المبالغة ونحوها وهنا كذلك فان قوله عدل صيغة مبالغة ونكرها والنكرة قد يجيء للكمال كما فى سلام عليك وهنا كذلك كما هو الظاهر وعدالة المحدود التائب ليست كذلك واليه اشارة فى قوله قد يعدل فظهر انه لا يقال هو عدل فى حق المحدود التائب ولا فى حق العبد العادل فيندفع الاشكال ويندفع ايضا بان التعليل بثبوت الحرية بالدار كما يخرج الرقبة يخرج ظاهر حال المسلم كونه محدودا فى القذف اذ هو من النوادر على ان ثبوت الحرية بالدار مع كثرة الارقاء فيها فلان يثبت سلامته بالاسلام عما ذكر مع قلته بطريق الاولى وايضا يمكن التوزيع بان الاكتفاء بذلك عند عدم طعن الخصم بانه محدود فى القذف وما روى محمول على ما اذا طعنه به تدبر (قوله فقد لزم الحكم) اى باقراره لا بالشهادة كما فى الشروح وعليه التعليل الآتى وبينهما فرق كما لا يخفى (فرع) ولو عدل شاهد فى قضية وقضى به ثم شهد فى اخرى لا يستعدل الا اذا طال فوقت محمد شهرا وابو يوسف سنة ثم رجع وقال ستة اشهر كما فى الفتح وذكر فى المنبع ان الحد الفاصل بين الزمان القريب والبعيد فيه قولان احدهما انه مقدر لستة اشهر والثانى انه مفوض الى رأى القاضى وفى البزازية اسند الثانى الى محمد وقال وبه يفتى كما فى المقدسى (قوله كفى واحد للتزكية) اراد به ظاهر العدالة اذ لو اريد حقيقة العدالة يؤدى الى التسلسل كما فى المنبع هذا اذا لم تزد الشهود على النصاب قال اسمعيل بن حماد اربعة من الشهود لا اسأل عنهم كما فى ادب القاضى للخصاف اقول وجهه حصول نصاب الشهادة مع حصول نصاب التزكية على القول الاحوط هذا اذا كانت الشهادة فى غير الزنا واما فيه فان محمدا لما اعتبر العدد فى التزكية قال المشايخ وجب عنده اشتراط اربعة من المزكين فى شهود الزنا كما فى الفتح والحصيرى فعلى هذا لو كان الشهود ثمانية فى الزنا لا استغنى عن التزكية عنهم وذكر فى تهذيب القلانسى لما تعذرت التزكية فى زماننا لغلبة الفسق اختار القضاة قول ابى ليلى استحلاف الشهود لغلبة الظن انتهى ورد بانه مخالف لما فى الكتب المعتمدة كالخلاصة والبزازية انه لا يمين على الشاهد لا يقال الظاهر وجوب العمل به لان الشاهد مجهول والمزكى كذلك غالبا والمجهول لا يعرف المجهول لانا نقول الامر كذلك ولكن قال الفقيه ولا يفتش القاضى مستقصيا والاالضاق الامر عليه اذ لا يوجد مؤمن بغير عيب كما فى المقدسى اقول يظهر من هذا ان المذهب فيه ان لا يمين على الشاهد

والمجتهدون في المسائل من مشايخنا لايقدرون المخالفة لرواية عن صاحب المذهب صرح به
في محله وكيف حال القضاة فظهر ان العمل بقول ابي ليلى ساقط كما لا يخفى (قوله ولترجمة
الشاهد) وكذا في ترجمة بين القاضي والمتحاكمين وكذا في ترجمة رسول من المزكى الى القاضي وخصت
بهما لكون السوق عليهما على ان رسول المزكى سواء كان من جاء من القاضي اوغيره في حكم
رسول القاضي لان رسالته نشأت من ارسال القاضي واطلق كفاية واحد فيكفي واحد وان
لم يكن من يعينه القاضي وظاهر كلامه على تسوية الثلثة والان الترجمان لايجوز ان يكون
اعمى عند الامام ويجوز عند ابي يوسف وتزكية الاعمى جائزة بلاخلاف وترجمة المرأة لايجوز
وتصلح للتزكية ثم او زكاه واحد وجرحه واحد تعارضا كانه لم يسأل احدا وان عدله الثالث
فالعدل اولى وان جرحه الثالث فالجرح اولى وان جرحه اثنان وعدله جماعة فالجرح اولى
وللقاضي ان يسأل عن جرح اى شئ فلعله جرحه فيما لايكون جرحا عند القاضي والشاهد
فحينئذ لايلتفت الى جرحه وقيل هذا الطف الاقاويل هذا خلاصة ما في الشروح والفتاوى
(قوله بسامع) اى يجوز تقدير الفعل في الظرف مذهب البصرية وهو المنصور وخصوص
الفعل لاجل اللام وبعد جوازها يجب عليه بالطلب في حق العبد وبدونه في حق الله تعالى
اوعند التعين لماسبق فيحمل عليه قوله الاتي فوجب عليه الشهادة وكون ان يشهد فاعل
الظرف مذهب الكوفية والاخفش وسيبويه واما عند البصريين والخليل فهو مبتدأ
والظرف خبره اذا لم يعتمد على احد الاشياء الستة وهو الاقرب الى القياس صرح به صاحب
الضوء وهنا لااعتماد فكونه فاعلا على خلاف الاقرب (قوله كالبيع لوعقد بالايجاب والقبول)
يفصحه شرحه واوعقد بالتعاطي في المرئيات ولابد من ذكر ثمن معين لان الحكم بشراء ثمن
مجهول لايصح كما في البزازية ولابد في الشراء ان يشهد بالملك بسببه لابالملك المطلق وهو الاصح
كما في الخلاصة وقوله واقرار عطف على البيع وقد يكون من المرئيات كما لو كتب وهي على
اوجه ذكرت في البزازية في كتاب الاقرار وقوله كحكم قاض هذا لو كان الحكم بفعل ويكون
من قبيل المسموعات لو كان بالقول وهو الاكثر ولذلك عد في اكثر الشروح رأسا من المسموع
والنكاح والطلاق والوقف من قبيل الاقوال فقط وقيل شرط بيان الواقف وقيل لاوالثاني
هو الصحيح والاجارة من قبيل البيع تنعقد بالقول وبالتعاطي كما في البزازية وغيره (قوله اورائي
مايتعلق بالافعال) عطف على سامع اسم فاعل من رأى مضاف لمابعده ومن ظن انه سهو سهى
نفسه كما لايخفى (قوله وان لم يشهد عليه) بل ولو قال له لاتشهد كما في الخلاصة اقول لو قال المصنف
بدل قوله هذا لكان اولى فيعلم ان شهادته فيما سكت يكون بالطريق الاولى كما لا يخفى (قوله
وقيل لايشهدون على البيع فيه) فان الظاهر من الشروح ان الشهادة على الاخذ والاعطاء
اولى من الشهادة على البيع ولم ار من صرح بالمبيع تدبر وقوله وهذا مبتدأ خبره ظاهر وقوله
ويقول بالنصب عطف على يشهد (قوله وعلم الشاهد انه ليس فيه غيره) بان دخلا اولا ثم
خرج اودخل وحده ورأه انه فيه وحده ثم خرج وجلس الخ وقوله اقرار الداخل اى اقرار من
هو داخل البيت تدبر وقوله لكن ينبغي الخ تفقه للمصنف (قوله او يرى شخص القائلة الخ)
يريد به ان رؤية شخصها حال اقرارها يشترط وهو المصرح في النوازل ومن المشايخ من
لم يشترطها واليه مال الامام خواهرزاده وصرح في القنية نقلا عن (مح) انه هو المختار ووجهه
الكمال المحقق بان مالابد منه تعريف يفيد التميز فاذا ثبت لزم ان لاحاجة الى رؤية وجهها

ولاشخصها وذكر في جامع الاصغر انه يشترط رؤية وجهها فظهر ان مااختاره المصنف هو القول الاوسط وما اختاره المحقق هو الاوسع (قوله فحينئذ يحتاج الشهود الخ) هذا عندهما وعليه الفتوى كما في جامع الفصولين (قوله مالم يشهد عليها) اى على شهادة الاصل بان يقول الاصل له اشهد على شهادتي وقوله لانها تصرف على الاصيل الخ ولانها لاتصير حجة الا بالنقل الى مجلس القاضي ولهذا يعتبر عدالة الاصول فلابد من الانابة والتحميل ومن هذا لو سمعه يشهد شاهدا على شهادته لم يسع السامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره كما في التبيين والفتح وقال في الفتح بعد هذا التعليل هذا الاطلاق يقتضي انه لو سمعه يشهد في مجلس القاضي حل له ان يشهد على شهادته لانها حينئذ ملزمة انتهى اقول وجه الزامها انها توجب على القاضي الحكم فكانه سمع قضاه ومن سمع قضاه حل له الشهادة عليه وان لم يشهد القاضي عليه فكذا هذا (قوله فلابد من الانابة والتحميل) اشار بالاول الى مذهب محمد فان الاشهاد عنده توكيل فيرتد برده حتى لو شهد بعد ذلك لاتقبل وبالثاني الى مذهب ابي حنيفة وابي يوسف فانهما انما جعلاه بطريق التحميل فلا يرتد برده كما في الشروح فظهر من هذا ان ما في القنية انه لو اشهده عليها فقال لااقبل فانه لايصير شاهدا حتى لو شهد بعد ذلك لا تقبل فمحمول على قول محمد وان ما في الخلاصة ان اختلاف المشايخ ونهى الاصل الفرع بان حضر الاصل ونهى الفرع عن الشهادة صح النهي عند عامة المشايخ وقال بعضهم لايصح والاول اظهر فناش من اختلاف الائمة ولايذهب عليك ان ما في الكتابين ترجيح لقول محمد وان اطلاق المتون عن قيدين الاول قبول الفرع التحميل والثاني ان لاينهاه الاصل بعد التحميل عنها ترجيح منهم قول الشيخين تدبر (قوله ولايشهد ايضا من رأى خطه) هذا بالاتفاق كما في المنصورية وعليه اطلاق القدوري وعدم ذكر الاقطع الخلاف في شرحه وذكر الفقيه ابو الليث وغيره كشمس الائمة ان هذا عند ابي حنيفة وعندهما يحل له ان يشهد هذا اذا لم يفسر شهادته للقاضي بانه شهد من غير تذكر للحادثة بل بمعرفة خطه اما اذا فسرها لاتقبل بالاتفاق كما في المجرد والمقدسي (قوله وهو لايذكره الخ) يشير به ان محل الخلاف في قاض وجد قضاه مكتوبا عنده بخطه او بخط نائبه كما في منية المفتي واجمعوا على ان القاضي لايعمل بما يجده في ديوان قاض آخر وان كان مختوما كما في الخلاصة (قوله وكذا الراوي اذا وجد سماعه مكتوبا في موضع ولايتذكر ذلك) وماذكر في المسائل الثلاث قول ابي حنيفة واما عند ابي يوسف يجوز للراوي والقاضي الاعتماد على الكتاب دون الشاهد وعند محمد يجوز في الكل الاعتماد عليه اذا تيقن انه خطه وان لم يتذكر توسعة للامر على الناس وقال شمس الائمة ينبغي ان يفتى بقول محمد وهكذا في الخلاصة نقلا عن الاجناس وجزم في البزازية بانه يفتى بقول محمد واشار المصنف بوضع المسئلة الى ان الشاهد اذا كتب شهادته في نسخة لاجل الضبط وقرأها عند القاضي فذا يقبل لانه لم يعتمد على خطه كما في السراجية (اقول قيدها بعدم الذكر) اذ في صورة الانكار لايعمل بواحد منها بالاتفاق اما في الثلثة الاول فظاهر واما في الاخير فقد ذكر في التحرير ان الاصل اذا كذب الفرع بان قال مارويت هذا الحديث لايعمل به وبني عليه رواية عن مجتهد وغيره ونقل فيه الاجماع تبعا لسراج الدين الهندي وقوام الدين الكاكي ولكن صرح وجيه الدين في شرحه على البزدوي وصاحب المنبع على المجمع بان المروي عنه اذا انكر الرواية هل يحل للراوي الرواية فعند محمد يحل وعند ابي يوسف لايحل وان اعتماد المشايخ على

قول محمد وهو الاستحسان وهو مختار السمعانى والسبكى هذا وقد سبق نبذ فى باب النوافل وباقى التفصيل فى رسالتنا فى هذا الباب فعلى هذا لم يكن فرق فى الرواية بين النسيان والانكار بل الانكار يحمل على انه ناش من النسيان تدبر (قوله الا فى النسب منع التناكح ام لا) كما فى المقدسى بشرط ان يخبره عدلان من غير استشهاد الذى قال انا فلان بن فلان الفلانى حتى لو اقام شاهدين على نسبه عند شخص لم يسعه ان يشهد بنسبه نص عليه فى المحيط نقلا عن اصل محمد لان من فى صدد الشهادة لما لم يكن له ان يعتمد على قول المستشهد فى شهادة نفسه لا يعتمد قول من اعتمد هذا الرجل على قوله كما فى المنبع (قوله والموت) اطلقه فشمل موت مشهور كما لم او غير مشهور كما جرقيد فى الرشيدية بالاول واما فى الثانى فلا يسعه الشهادة الا بمعاينة موته وضعفه عماد الدين بانه لم يظفر بهذه الرواية وتبعه ابن قاضى سماونة واذا تعارضت شهادة بالموت وشهادة بالحيوة وآخرنا ريخ شهادة الحيوة فهى اولى وان لم يورخ فشهادة الموت اولى لانها تثبت العارض وهو الموت كما فى الظهيرية وغيرها (قوله والدخول) اى فى النكاح واراد به الخلوة الصحيحة كما فى الخزانة وقوله وولاية القاضى وكذا ولاية الامير كما فى الدراية ثم قصر المصنف على الستة يدل على عدم القبول فى غيرها كالعتق والولاء والمهر فنقل الامام الحلوانى ان العتق والولاء على الاختلاف عن ابى يوسف الجواز فيهما وعن الامام السرخسى عدم الجواز فى العتق اجماعا وانما الاختلاف فى الولاء وشرط ابو يوسف لقبول فى الولاء وكون العتق مشهورا وللعتق ابوان اوثلثة فى الاسلام وتوسع محمد حيث لم يشترط هذا الشرط واما فى المهر فعن محمد فيه روايتان والاصح الجواز كما فى الظهيرية والبزازية فظهر ان المصنف اختار فى العتق والولاء ما نقله الحلوانى فى قول عن ابى يوسف على ان الولاء يثبت العتاق فالشهادة عليه شهادة على ذلك صرح به صدر الشهيد فى ادب القاضى فالظاهر عدم الجواز فيه ايضا وانما لم يذكر المهر لانه من توابع النكاح واحكامه كالعدة والاحصان كما فى البرجندى نقلا عن المحيط (قوله وجه الاستحسان ان هذه الامور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس الخ) هذا الوجه لا يتمشى فى الوقف وان اشتمل عليه قوله ويتعلق الخ الا انه تبع فى هذا التعبير الى عبارة الكافى والهداية ولم يذكر الوقف فى الوافى متن الكافى ولا فى القدورى ومتن الهداية فلا مسامحة بالنظر الى الوجه الثانى فظهر ان من خص الثانى بالوقف على طريق اللف والنشر فقد خص العام من غير حاجة والاحكام اعم من احكام الوقف وغيره من الارث فى النسب والموت والنكاح وثبوت الملك فى قضاء القاضى وثبوت كمال المهر فى الدخول ونحو ذلك كما فى شروح الهداية قلت يظهر منه ان المهر قد يكون تابعا للدخول (قوله ويشترط ان يخبره رجلان الخ) وان يكون الاخبار بلفظ الشهادة فى الكل الا فى الموت فانه لم يشترط فيه بالاتفاق كما فى الفتح وان لا يكون احد المخبر خصما اذ لا اعتماد لخبره كما فى الخزانة واشار به الى ان العدالة انما تشترط فى المخبر فى غير المتواتر والمشتهر كما فى الخلاصة واطلق العدالة فشمل عدالة محدود القذف والعبد والمرأة ولو صبيا مميزا اذ لا حاجة لجواز الشهادة بالتسامع سماع ممن هو اهل للشهادة كما فى العمادية وقوله وقيل يكتفى الخ ضعفه وان اختاره صاحب الفتح لما انه صحح فى الظهيرية ان الموت كغيره وقوله وينبغى ان يطلق الخ تبع فى الاتيان به الى المنقول عنه ولكن لا حاجة له هنا لان قوله فيما بعد فان فسر للقاضى الخ يغنيه وتأويل قولهم مبتدأ لا تقبل مقول القول ان مخففة من ان اسمها ضمير الشان المقدر وخبرها جملة

لاينبغي والمجموع خبر المبتدأ وعامل الظرف امامعنى التحقق في ان اولا لاينبغي وقوله ولوقالوا
ذلك الخ وكذا لوقالوا ان قدرا من الغلة لكذا ثم يصرف الفاضل الى كذا لاتقبل وهو المختار
كما في العمادية والخانية وذكر في المجتبى ان المختار ان تقبل الشهادة بالتسامع على شرائط الوقف
واعتمده في المعراج وقواه في الفتح حتى ساق كلامه الى ان يعمل في شرائط الوقف بما في دواوين
القضاة من المصارف واعترض عليه بان هذا عند الضرورة واطلاق القبول عام والجواب عنه
ان العمل بهذه المرتبة اوسع من العمل بالشهادة بالتسامع فيمكن ان يفرض فيه الضرورة على ان
ليس في عبارته الضرورة فيحمل على اطلاقه تدبر ثم المراد ان عدم القبول في الوقف القديم اما
لوشهدوا في الوقف الحادث وقالوا نشهد ان شروطه كذا وكذا تقبل وعليه العمل (قوله
وان لم يعاين) وان لم يعاين منشوره ولم يسمع من احد انه قاض في البلد كما في الخلاصة والبرجندي
(قوله في يد متصرف كالملاك) قيد بالتصرف وهو قول بعض مشايخنا كما في الهداية وهو
الخصاف كما في الفتح واكثر المشايخ لم يقيدوا به ولابشهادة القلب وهو ظاهر الرواية وظاهر
كلام الهداية والكافي على انه هو المختار وبعضهم اعتبروا القيد الاخير وهو المروى عن ابى
يوسف وقال الصدر الشهيد يحتمل ان يكون هذا الاعتبار قول الكل وبه نأخذ وقال ابو بكر
الرازى هذا قولهم جميعا واختاره في الفتح مع التفريع عليه ولم ار من يصحح اعتبار هذين
القيدين معا الا انه احوط (قوله في الصورة الاولى) اراد بها قوله ولا بالتسامع الا في النسب
الخ وبالاخيرة قوله ويشهد رأى الخ وقوله وقال سمعت كذا اما لوقال لم اعاين ولكنه اشتهر
عندى تقبل كما في الخلاصة والبزازية (قوله الا في الوقف) وكذا في النسب صرح به في جامع
الفصولين وذكر في الخلاصة انه لوشهدا بموت فلان وقالا اخبرنا بذلك من يثق به فالاصح انه
تقبل الشهادة وكذا ذكره الخصاف ايضا (قوله يقبله) اى يجب ان يقبله واشتهرت مسئلة
عجيبة في الكتب وهى ان معاين الموت لوكان واحدا ان شهد به لايقضى به وحده
فالحيلة فيه ان يخبر به عدلا مثله فشهدا به عند القاضي يحكم بشهادتهما هذا ولايذهب
عليك ان هذا مبنى على قول بالاكتفاء باخبار واحد وقد عرفت ان الصحيح ان لا يكتفى
باخبار واحد تدبر

﴿ باب القبول وعدمه ﴾

اخره لان ماسبق
محل لشهادة من يسمع شهادته ومن لايسمع والمحل شرط فقدم على المشروط (اقول
ثم المراد حل قبول القاضي الشهادة اووجوب القبول عليه وكذا عدم القبول لاصحة القبول وعدمه
لماسبق ان القاضي لوقضى بشهادة الفاسق صح وكذا لوقضى بشهادة الاعمى واحد الزوجين
اوالوالد لولده اوعكسه صح ولم يجز للقاضي الثاني ابطاله وان رأى ابطاله وبشهادة المحدود
بعد التوبة كما في الخزانة وفيه اختلاف كما في منية المفتى وهؤلاء من جملة من لايقبل شهادتهم
على ماسيجئ فظهر ان المراد الحل اوالوجوب كما لايخفى (قوله تقبل) اى الشهادة قدم ذكر
من يقبل شهادته على من لايقبل شهادته لان القبول هو الاصل من جميع الناس وعدم القبول
لعارض عليه فيؤخر وفيه ايضا رعاية النشر على اللف المرتب واطلق القبول من اهل الاهواء
فشمل انها تقبل على مثلهم وعلى اهل السنة كما في المقدسى وعدم مانعية الهوى لقبول الشهادة
وهو ظاهر الرواية بناء على انه صدر تدينا والمانع ترك ما هو دين كما في الفسق الفعلى ولكن قيد
في الذخيرة والسراج بان لايكون هوى يكفر به صاحبه وان لايكون صاحبه عدلا في تعاطيه
وهو الصحيح وبان لايقاتلوا اهل الحق فاذا قاتلوا ردت شهادتهم لاظهار الفسق بالفعل وذكر

فى شرح البزدوى للاكمل ان من يجب الكفارة منهم فالاكثر على عدم قبول شهادته وفى المحيط البرهانى هو الاصح ومافى ظاهر الرواية محمول على هذا كما فى البحر (قوله وهم من غلاة الروافض) اى متجاوز الحد حيث يعتقدون الخ اشاربه ان استثنائهم ليس لخصوص بدعتهم وهو اهم بل لتهمة الكذب فيما نقل عنهم و اليوم ينسبون بالاسمعيلية كما فى التهذيب و من انكر امامة ابى بكر الصديق رضى الله تعالى عنه فقال بعضهم انه مبتدع و ليس بكفار و الصحيح انه كافر وكذلك من انكر خلافة عمر رضى الله تعالى عنه على اصح الاقوال كما فى الظهيرية (قوله وهو معنى العدالة كما مر) ثم للعدالة شرائط منها المروءة وهى الانسانية يعنى بر موجب عقل رفتن (قال ابو القاسم الحكيم * شعر * مروت بى دين كارخام است * دين بامروت كار تمام است * و بعض المشائخ فسروها بما فسروا العدالة به فحينئذ لا فرق بينهما كما فى المنبع ولا يذهب عليك ان ابتناء منع شهادة مخنث ذكره المصنف الى قوله او يأكل على الطريق على فوات المروة اظهر ومنها ان لايكون تارك الجماعة بلاطعن على الامام فى دين او حال و يتركها مجانا شهرا كما فى التهذيب للقلانسى وان لايكون تارك الجمعة بلاعذر مرة قال به الحلوانى وشرط السرخسى ثلاثا والاول اوجه كما فى الفتح وان يكون معروفا بصحة المعاملة فى الدرهم والدينار قال عمر رضى الله تعالى عنه لايغرنكم طنطنة الرجل فى صلاته انظروا الى حاله فى درهمه وديناره وان يكون صدوق اللسان كما فى شرح صدر الشهيد لادب القاضى (قوله وان كانوا) الظاهر كانا كما ان الظاهر بينهما فى بينهم و العداوة الدينية كعداوة المسلم الكافر للكفره وعداوة من رأى منكرا فى شخص و لم ينته بنهيه و العداوة الدنيوية كعداوة المقذوف القاذف ومقطوع الطريق القاطع هذا فى الشهادة و اما فى القضاء فعداوة دنيوية القاضى تمنع قضاه بعلمه و اما قضاه بالبينة العادلة بمحضر من الناس فهو نافذ افاده ابن وهبان تفقها واللمم صغيرة الذنب والالمام اتيانها وهى مادون الفواحش فاضافة اللمم الى الصغيرة بناء على تجريد الالمام بمعنى الارتكاب فعليه شرح المصنف به اوتنكير صغيرة بعد دخوله فى مفهوم الالمام اشارة الى قلتها وعليه قيد الالمام بقوله بلا اصرار عليها ونظيره قوله تعالى سبحان الذى اسرى بعبده ليلا الا ان التنكير فى الاية للتبعيض فاستعمل ماهو للتقليل فى التبعيض لتقاربهما كما فى حواشى الكشاف والتقليل هنا على اصله (قوله لانه لايكون عدلا) بل لايبقى حينئذ مسلما كما فى العناية غايته قلة مبالاته فى الدين فلاتقبل شهادته كما فى الكافى وقوله وقتا اى وقتا معينا وقوله والمقادير الخ جواب سؤال مقدر وهو انه ان لم يرد به واحد من الثلثة فليعرف بالقياس كما هو شان بعض الاحكام فاجاب بان المقادير الى آخره (قوله وقدره المتأخرون) اقول ان اول وقته سبع سنين و آخره اثنتا عشرة سنة لما فى الخلاصة فى باب اليمين فى الطلاق ان رجلا قال ان بلغ ولدى الختان فلم اختنه فامرأتى طالق فان نوى اول الوقت لايحنث ما لم يبلغ سبع سنين وان نوى آخره قال صدر الشهيد المختار انه اثنتا عشرة سنة انتهى و لعل وجهه ان سبع سنين اول وقت استغناء الصبى عن الغير فى الاكل و الشرب و اللبس و الاستنجاء حيث يحمل بمثله و وقت الاحتياج الى التأديب و تهذيب الاخلاق بل وقت كونه مأمورا بالصلوة ولوندبا ومن جملته الختان ايضا وكونه ابن اثنتى عشرة سنة وقت المراهقة البتة واحتمال البلوغ فيه فحينئذ يجرى عليه قلم التكليف فرضا ووجوبا وسنة وندبا ومن جملته كشف العورة وهو حرام على البالغين من غير محرم فظهر ان وقت الختان على وجه المسنون يتم عنده

ثم الكبير يختن نفسه ان قدر او زوجته ان قدرت ولو زوجه لاجله وذكر الكرخي يختنه الحمامي كما يطلي الحمامي بالنورة عورة الغير كما في كراهة العتابية (قوله فان قطع العضو) ناظر الى الخصي ثم لو ارتضى هذا الفعل لنفسه مختارا يمنع كما في الفتح وقوله وجناية الابوين ناظر الى ولد الزنا وهذا كما ان كفرهما لا يؤثر قدحا في عدالة الولد وقد قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى كما في المنح (قوله والعتيق لمعتق) اشار باللام الى ان شهادته على المعتق تقبل بالاولى وقنبر كقنفذ اسم ومولى العلي رضي الله عنه كما في القاموس يريد به انه بضم القاف والباء والمشهور في السنة الناس بفتحتين والاعتماد على النقل وشريح بن الحارث تابعي كوفي كندي نخعي عاش مائة وعشرين سنة واستقضاه عمر رضي الله عنه على الكوفة ولم يزل بعد ذلك قاضيا خمسا وسبعين سنة الاثلاث سنين امتنع فيها من القضاء في فتنة الحجاج في حق ابن زبير حيث استعفى الحجاج من القضاء فاعفاه ولم يقض الى ان مات الحجاج كما في البحر وشرح جلال الدين التباني على المنار (قوله المراد عمال السلطان) وهم كانوا يعينونه في اخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكوة السوائم ونحوهما كما في البيانية والعناية واما اعوانه الذين يأخذون النوائب الظالمة في زماننا ومع ظلمهم اكثرهم فسقة فلا شك انه لا تقبل شهادتهم وشهادة محضر قضاة العهد والوكلاء المتعملة لا تقبل وشهادة الصكاك تقبل في الصحيح وقيل لا لانهم يكتبون اشترى وباع وضمن الدرك وان لم يقع والكتابة كالتكلم قلنا الكلام في كاتب غلب عليه الصلاح ومثله يحقق ثم يكتب كما في البزازية وغيره (قوله ولاخيه وعمه) هذا اذا لم يعتد الخصومة اما اذا امتدت سنين ومع المدعي قريب اوصاحب يردد معه ويخاصم له على المدعى عليه ثم يشهد له في هذه الخصومة بعد ذلك لا تقبل لانه لما طال التردد صار بمنزلة الخصم للمدعى عليه كما في القنية وشرح ابن وهبان ولا يذهب عليك ان المعتمد عليه قبول شهادة عدو بسبب الدنيا لو عدلا على ما سيجيء وذا لا ينافي ذاك لان المتردد المذكور بمنزلة المدعي لا بمنزلة العدو تدبر (قوله ومن حرم رضاعا كابيه الرضاعي وامه الرضاعية وقوله كام امرأته) بيان لمن حرم مصاهرة واشار به الى ان قبولها لاخت امرأته بالطريق الاولى كما في الخلاصة (قوله لا من كافر على مسلم) وذكر في التاتارخانية في فصل شهادة اهل الكفر قال في المنتقى عبد باعه نصراني من نصراني ثم وثم حتى بلغ البايع عشرة كلهم نصارى فاسلموا جميعهم ثم ادعى العبد انه حر الاصل او معتق واقام شاهدين من النصارى قال زفر لا تقبل بينته سواء اسلم اولهم او آخرهم او اوسطهم حتى يقيم بينة من المسلمين وقال ابو يوسف ان كان من اسلم آخرهم لم تقبل بينته وان كان غيره يقضي بعتقه وترادوا الثمن فيما بينهم الى ان ينتهي الى المسلم وهو لا يؤاخذ برد الثمن ولا من قبله من الباعة انتهى (قوله على خصم حاضر) اي مسلم وهو المراد وعليه تصوير المسئلة (قوله الا في الوصاية) وفي البحر تقبل شهادة الذمي بدين على ذمي ميت وان كان وصيه مسلما بشرط ان لا يكون عليه دين لمسلم نقلا عن الجامع فظهر ان لا حصر على الصورتين (قوله يعني اذا ادعى) اي الكافر او المسلم وقوله اذا ادعى اي الكافر تدبر وقوله بالايصاء الظاهر ان يقول بالايصاء والنسب اذ السوق على كليهما وانه ساقط من قلم الناسخ الاول (قوله كما قبلت شهادة القابلة للضرورة) وفيه اشارة الى ان ذمية اسلم زوجها ثم مات فادعت مهرها عليه بوجه خصم شرعي قبلت شهادة اهل الذمة لثبوت مهرها عليه لضرورة عدم حضور المسلمين نكاحهم وكانت واقعة الفتوى فحكم هكذا بهذه العلة (قوله ولا من اعمى) اطلقه فشمل انها لا تقبل ولو طرأ عماه قبل الاداء

اوقبل الحكم كالوخرس اوجن اوفسق هذا عندهما واما عند ابى يوسف فاما لا تقبل لوكان
اعمى حالة التحمل ممتدا عماه ولووجد فى حالة الاداء والقضاء فلايمنع كافى المنبع هذا فى الدين
والعقار واما فى العقار فاجمعوا على انها لا تقبل كافى الفتح والذخيرة وشمل ما اذا كان طريقه
السماع خلافا لابى يوسف كما فى الفتح وزفر وهو مروى عن ابى حنيفة كما فى التبيين واختار
القبول فى الخلاصة وعزاه الى النصاب من غير حكاية خلاف (قوله والمشهود به) عطف
على الخصمين والتمييز فى الكل يكون بالاشارة كما سبق ولا تمييز للاعمى بالاشارة الا بالنغمة الخ
فظهر ان لاركاكة فى عبارة المصنف هنا كما ظن (قوله ولوعلى كافر بل على مرتد مثله)
لما فى المحيط البرهانى اختلفوا فى مرتد مثله والاصح عدم قبولها بحال انتهى وعليه كلام
المصنف (قوله ومملوك) اطلقه فشمل القن والمكاتب والمدبر وام الولد كافى الشروح وقد شمل
معتق البعض ومدبرا لم يخرج من الثلث ومعتقا فى المرض لم يخرج منه لانهم كالمكاتب عند
ابى حنيفة وحر مديون عندهما كافى جنايات المجمع والبزازية (قوله وصبى) اشار به الى ان
شهادة المجنون لا تقبل بالطريق الاولى الاحال الافاقة فحينئذ تقبل كافى المحيط والمغفل كذلك
لما ان محمدا قال هواشد من الفاسق خلافا لابى يوسف حيث جوز شهادته ولم يجوز تعديله لانه يحتاج
الى رأى وتدبير ولارأى للمغفل كافى المحيط ايضا (قوله واديا بعد الحرية والبلوغ) اطلقه فشمل
اداءهما بعد رد شهادتهما للرق والصغر او بدون الرد لما قالوا الشهادة اذا ردت لعلة ثم زالت العلة
فشهد فى تلك الحادثة لا تقبل الا فى اربعة الرقيق والكافر على مسلم والاعمى والصبى بخلاف
رد شهادة زوج واجير ومغفل ومتهم وفاسق مع الحكم بارد فلا تقبل بعده هكذا فى الشروح
والفتاوى فظهر منه ان ضم احد الزوجين الى الاربعة فى فتح القدير يكاد ان لا يصح ولم ار
الضم فى غيره (قوله ومحدود فى قذف وان تاب) اشار به الى ان الشهادة لا ترد بالقذف بل بالحد
ثم اختلفوا انها انما ترد لو حد تمام الحد وهو ظاهر الرواية وفى رواية بضرب اكثر الحد وفى
رواية ولو بسوط كما فى المنبع واختار فى المحيط ظاهر الرواية لان مادون الحد تعزير وذا غير
مسقط وعلى هذا المختار كلام المصنف حيث لم يقل ومضروب فى قذف على ان المطلق
يحمل على الكمال وهو تمام الحد وذكر فى المبسوط وغيره الصحيح من المذهب اذا قام اربعة
من الشهود على صدقه تقبل شهادته وكذا اذا شهد رجلان اورجل وامرأتان على اقرار
المقذوف وفى البزازية لوشهد القاذف مع ثلثة على انه زنى فان كان حد لم يحد المشهود
عليه وان لم يحد القاذف حد المشهود عليه انتهى (قوله لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة
ابدا) حيث نص على الابد وهو مدة عمرهم فينافيه القبول فى وقت ما وايضا ان لهم متعلق
بمحذوف حال من شهادة ولواخر عنها لكان صفة لها اومضافا اليه لها بترك اللام عن اللفظ
وهو الظاهر ولما انفصل واظهر اللام وقدم عليه افاد تخصيص عدم قبول شهادتهم الناشية
عن اهليتهم الثابتة لهم عند الرمى وهو الفقه فى قبول شهادة الكافر المحدود فى القذف بعد
التوبة والاسلام لانها ليست ناشية من اهلية السابقة بل من اهلية حدثت له بعد اسلامه
فلا يتناولها عدم القبول هذا زبدة ما فى تفسير الارشاد والكافى ثم اقول ان فى قبول شهادة
المحدود فى القذف بعد التوبة واسلامه وجها اخر قد سنح لى ولم ارمن يصرح به وهو
ان عدم قبول شهادة المحدود فى القذف بعد التوبة ثابت بالنص على خلاف القياس اذ هو
قبولها بعد التوبة لما ان التائب من الذنب كمن لا ذنب له وما ثبت بالنص على خلاف القياس

يقتصر على مورده وهو رد شهادة ثابتة للمحدود فيه عند الرمي مسلما كان اوكافرا وشهادة مستفادة بالاسلام لم ترد لعدم وجد انهازمان الرد والحد فتقبل تلك الشهادة على المسلم والكافر كما لايخفى وهنا كلام طويل فى الاصول والفروع وقد اخذت بعضه فى رسالتنا هنا والحاصل ما ذهب اليه الحنفى حق ظاهر وما ذهب اليه الشافعى مجرد احتمال ومرجعه ان يكون الواو عندهم فى واولئك اعتراضية او تعليلا تدرب وتدبر (قوله لان هذه شهادة استفادها بالاسلام ولم يلحقها رد) اشاربه الى انها شهادة جديدة تسمع مطلقا سواء كانت على المسلمين والكافرين بل على الكافرين بالطريق الاولى وهو المراد بجوازها على الكفار ضرورة على ان المصنف فى هذا التعبير مقتف اثر صاحب الكافى وشمس الائمة فى جامعه حيث قالا الاسلام استفاد اهلية شهادة على اهل الذمة تبعا لاهلية لشهادة على المسلمين فظهر ان لاركاكة فى تعبير المصنف اصلا كما لايخفى (قوله اذ لاشهادة للعبد اصلا حال رقه الخ) فان قلت هذا الفرق يقتضى عكس الحكم فان للكافر شهادة ولو على جنسه وقد لاحقها الرد فالظاهر دوامه بخلاف العبد فانه ليس له شهادة ولم يلاق الحد ولا الرد لشهادته اذا الرد بعد الوجود ولا وجود فكيف ينقلب الحد موجبا للرد بعد ذلك قلت ان للعبد عدالة الاسلام وقد صارت مجروحة بهذا الحد ولم يستفد بالحرية عدالة اخرى بخلاف الذمى فانه لم يكن له عدالة الاسلام فعند الاسلام استفاد عدالة حادثة غير مجروحة بهذا الحد فافترقا هذا ما افاده شمس الائمة كما فى المنبع (قوله ومسجون فى حادث السجن) وكذا لاتقبل شهادة الصبيان بعضهم على بعض فيما يقع فى الملاعب وشهادة النساء فيما يقع فى الحمامات وان مست الحاجة لان الشارع لما منعهن من الحمامات والصبيان عن الملاعب كان التقصير مضافا الى من لا يمنعهن كما فى خير مطلوب ومنية المفتى وذكر فى حاوى القدسى انه تقبل شهادة النساء وحدهن فى القتل فى الحمام فى حكم الدية كيلا يهدر الدم وهكذا فى خزانة الفتاوى اقول انه ذكر فى اجارة المنبع معزيا الى المبسوط ان عند اكثر العلماء والمجتهدين لابأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء للحاجة اليها خصوصا فى ديار البرد وما روى من منعهن محمول على دخولهن مكشوفة العورة وقال المقدسى وهو الصحيح فظهر منه ان ما فى الحاوى هو الصحيح وكشف العورة لمثلهن ليس عادة كلهن وذكر ابن وهبان نقلا عن الحسام الشهيد لاتقبل شهادة الاشراف من اهل العراق لانهم قوم يتعصبون انتهى وعلى هذا كل متعصب لاتقبل شهادته كما فى البحر ولايذهب عليك ان اكثر طائفة القضاة بل الموالى فى عصرنا بينهم تعصب ظاهر لاجل المناصب والرتبة فينبغى ان لاتقبل شهادة بعضهم على بعض ما لم يتبين عدالته كما لايخفى (قوله واصله وفرعه) اطلقهما فشمل كل اصل علا وكل فرع سفل واراد به شهادتهم لان الشهادة على اصله وفرعه الخ مقبولة الا اذا تضمنت شهادة لواحد من هؤلاء كما اذا شهد الجد على ابنه لابن ابنه فانها لاتقبل لوجود المانع من المشهود له كما فى البحر وكما اذا شهد الابن على ابيه بطلاق امرأته لو كانت امه او ضرة امه لانها شهادة لامه كما فى الولوالجية واطلاقهما يعم من كان اصلا او فرعا من وجه فلا تقبل شهادة ولد الملاعن لاصوله اوهوله اولفروعه لثبوته من وجه بدليل صحة دعوته منه وعدمها من غيره وتحرم مناكحته ووضع الزكوة فيه ولا ارث ولا نفقة من الطرفين كولد العاهر كما فى وجيز الجامع (قوله وعرس) اطلقها فشملت الامة فلو شهد لزوجته الامة لم تقبل لان لها حقا فى المشهود به كما فى البزازية وزوجة من وجه كمعتدة ولو من ثلث كما

فى القنية وايضا المراد شهادة احدهما للآخر اما لو شهد على الآخر تقبل الا اذا قذفها ثم شهد عليها بالزنا مع ثلثة فانها لاتقبل كما فى البدايع ومافى لعان المجمع من قبولها محمول على من لم يقذفها اولا صرح به فى المنبع ثمه فلا مخالفة بينهما (قوله وسيد لعبده سواء كان عليه دين اولا) حتى لو شهد له بنكاح فرد فاعتق فشهد له لم يقبل بخلاف عكسه لما مر وقوله ومكاتبه اشار به الى ان عدم قبولها لمدبره وام ولده بالطريق الاولى ولذلك لم يذكرهما وهما يدخلان تحت العبد فان المراد به القن مطلقا والمكاتب حر يدا فافرده بذكره (قوله ولا الاجير لمن استأجره آخر الحديث وليس بمتن كما هو الظاهر) واشار بما فى المتن الى ضابط كلى وهو ان كل شهادة جرت مغنما اودفعت مغرما لم تقبل للتهمة وتمام تفريعاته فى المفصلات و يبتنى عليه شهادة المستعير لمعيره بالمستعار والاجير الخاص مياومة اومشاهرة اومسانهة لمن استأجره ولكن ذكر فى الحاوى القدسى ان من استأجره يوما تقبل شهادته فى ذلك اليوم استحسانا والقانع من القنوع لامن القناعة لانه بمنزلة السائل يطلب معاشه فيهم كما فى العناية وهو التابع لاهل البيت كالخادم لهم كما فى البيانية و يدخل فيه الاجير الخاص كما فى فوائد رشيد الدين (قوله وشريكه) شركة ملك اوعقد عنان اومفاوضة اووجوه اوصنايع والرد فى الكل فيما يشتركان فيه لافى غيره والتفصيل فى البحر والمقدسى ومن المسائل المهمة فى هذا الباب انه لو شهد اهل المحلة فى وقف على المحلة اوعلى المسجد اوالمسجد الجامع اوعلى وقفية وقف على مدرسة كذا وهم من اهل تلك المحلة اوالمسجد اوالمدرسة اوعلى وقف فى مكتب فيه اولادهم قيل لايصح وقيل يصح وهو الاظهر وقال فى الظهيرية وفى هذه المسائل كلها تقبل وهو الصحيح ومثله فى البزازية وقال صاحب البحر والمعتمد القبول فى الكل وذكر ابن الشحنة ان قضاء القاضى فى وقف تحت نظره اوهو مستحق فيه من هذا النمط وقال صاحب البحر الكلام كله فى شهادة الشهداء باصل الوقف لقولهم شهادة الشهداء على وقفية وقف واما شهادة المستحق فيما يرجع الى الغلة كشهادته باجارة ونحوها لم تقبل لان له حقا فى المشهود به فكان منهما فكان داخلا فى شهادة الشريك لشريكه فهو نظير احد شهادة احد الداينين لشريكه بدين مشتركة بينهما انتهى (قوله ومخنث يفعل الردى) وهو المتشبه بالنساء فعلا وقولا باختياره لاخلقة اما الفعل فهو تزينه بزينتهن وجعل نفسه محلا باللواطة والقول فهو تليين كلامه باختياره وكلاهما حرام ومعصية لقوله عليه السلام لعن الله المؤنثين من الرجال والمذكرات من النساء وهو بكسر النون وفتحها كما فى فتح البارى (قوله لارتكابهما المحرم طمعا فى المال) فلا تؤمنان ان ترتكبا الزور لاجله بل هو ايسر من الغناء والنوح فى مدة طويلة كما فى الذخيرة وقوله فان نفس رفع الصوت حرام منها الخ يوهم هذا ان رفع صوتها ولو فى مصيبتها مسقط عدالتها الاان هذا الرفع ساقط الاعتبار لوقوعه عن اضطرار لاعن اختيار والغناء ممدودا صوت المغنى ومقصورا كثرة المال كما فى ضياء الحلوم (قوله مالم يسكر) اذا كان شربه لصحة البدن والتقوى لا للتلهى حتى لو سكر مرة بان لايدرى او وقع له سهوا لايسقط عدالته كما فى البدايع (قوله شرط الادمان) وقد صرح فى المحيط ايضا ان الادمان فى الخمر شرط رد الشهادة وهكذا فى فتاوى قاضيخان وتتمة الفتاوى واختاره صاحب النهاية وصححه البرجندى وعليه كلام المصنف حيث عمم الشرب شرب الخمر والعرق والموزج ونحوها وذكر فى الذخيرة وفوائد جلال الدين الخبازى ان الادمان والشرب على اللهو ليس بشرط فى الخمر بل صار

مردود الشهادة بنفس شرب الخمر وعليه كلام ابى نصر فى شرحه على القدورى وحميد الدين الضرير فى فوائده على الهداية واولوا كلام القدورى بان المراد مد من شرب فى غير الخمر من الاشربة المحرمة اقول ان مشايخنا قالوا ان عين الخمر حرام قل اوكثر قطعا وعليه الاجماع وحكموا بكفر مستحلها وان شربه من جملة الكبائر غير مطول بالسكر والادمان وهو يوجب الحد ولم يقل بخلافه احد هذا هو المصرح فى عامة كتبنا ثم لاشك ان فسقا يوجب الحد مسقط العدالة ولكن لما كان امر الشهادة فى عدم القبول مبنيا على ترك المروة ومايوجب الفسق ظاهرا شرطوا الادمان فيه ليظهر شربه عند القاضى لانه شرط فى التفسيق به وان نفس الشرب صغيرة كما ظن به بعض الفضلاء مستندا لما فى الصغرى من قوله لاتسقط عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لان هذا الحد لم يثبت بقاطع الا اذا داوم على ذلك انتهى ولايذهب عليك انه ليس فى كلام الصغرى كون نفس الشرب صغيرة وان تعليله تفقها منظور فيه لان السوق فى عدالة الشاهد الشارب لا فى الحد عليه كما فى البحر وانه يحتمل ان فى نسخة الصغرى فى التعليل تحريفا ونقصا كما فى المقدسى فظهر به ان ماسلك به المصنف هو الاظهر وماظن به البعض حرى ان يجتنب عنه كما لايخفى (قوله على اللهو) قيد به لانه لوشرب الخمر للتداوى بتعيين الاطباء لعلاج مرضه فحرمتها مختلف فيها فالاكثرون على عدم حلها الا انه لما اختلف فيها لاتسقط الشهادة فظهر انه لابد فى الخمر من قيد اللهو ايضا كما فى البرجندى واصلاح الايضاح وقوله ذلك اشارة الى الشرب وضمير منه راجع الى المدمن (قوله وعدو بسبب الدنيا) العدو من يفرح بحزنه و يحزن بفرحه وقيل يعرف بالعرف كما فى الخزانة اشار به الى ان شهادة الصديق لصديقه تقبل كما فيها واشار بمانقله فى الشرح الى ان عدم قبول شهادة العد وللتهمة ولذلك تقبل شهادة العد و لعدوه كما فى الايضاح والبرجندى ولوكانت عداوته فاحشة يفسق بها فحينئذ لاتقبل شهادته فى حق العدو ولا فى حق جميع الناس لان الفسق لايتجزى فى شخص دون شخص كما فى شرح ابن وهبان ثم ان كل من خاصم شخصا فى حق اوادعى عليه حقا لايصير به عدوا بل العداوة انما تثبت بنحو ماسبق نعم لاتقبل شهادته عليه فى ذلك الحق كوكيل لاتقبل شهادته فيما وكل به الا انه اذا خاصم اثنان فى حق لاتقبل شهادة كل منهما على الآخر كما فى المقدسى (قوله واما الرواية المنصوصة فبخلافه) هذه الرواية عن الامام نقلها صاحب المغنى من الحنابلة وقدجاءت بعدم قبول شهادة عدو بسبب الدنيا مطلقا والتحقيق فيه ان من العداوة المؤثرة فى العدالة كعداوة المجروح على الجارح وعداوة ولى المقتول على القاتل ومنها غير مؤثرة كعداوة شخصين بينهما وقعت مضاربة اومشاتمة اودعوى مال اوحق فى الجملة فشهادة صاحب النوع الاول لاتقبل كما هو المصرح فى غالب كتب اصحابنا والمشهور على السنة فقهائنا وشهادة صاحب النوع الثانى تقبل لانه عدل و بهذا التحقيق يحصل التوافق بين الروايتين و بين المتن والشرح وان لم يهتد المصنف اليه الحمد لله الذى هدانا لهذا (قوله فاما ان امسك الحمام للاستيناس) وكذا ان امسكها لحمل الكتب كما فى مصر والشام فانه مباح الا اذا كانت تجر حمامات اخر مملوكة للغير فتفرخ فى وكرها فيأ كل و يبيع فلاتحل وتسقط عدالته وان لم تقف على عورات النساء فى سطحه كما فى معراج الدراية واللعب بالبلبل ينبغى ان لايسقط العدالة كما فى البرجندى وذكر فى القنية حبس البلبل فى القفص وعلقها لايجوز وفى الولوا لجية اللاعب بالصولجان يريد به الفروسية لايسقط عدالته

﴿ لانه ﴾

لانه جائز (قوله اوالطنبور) معرب دنبه بره شبه بالية الحمل كما في القاموس وهو بضم الطاء كما في غيره اراد به كل لهو شنيع بين الناس كالمزمار والعود ومالم يكن مستبشعا كدف في النكاح وفي معناه ما كان من حادث امر سرور فضرب به مباح مالم يفحش بان يرقصوا عند ذلك كما في المحيط والمغني لابن قدامة (قوله على ارتكاب كبيرة) اى معصية هى اللهو واللعب حتى قالوا التغني للهو معصية في جميع الاديان كما في البيانية والعناية وقوله لازالة الوحشة ومن المشايخ من جوز التغني في عرس او وليمة كما ابيح ضرب الدف فيهما مالم يكن في وصف ذكر حي ومرأة حية كما في الذخيرة (قوله او يرتكب مايحد به) كقطع الطريق والسرقة والزنا فيشمل شرب الخمر الا انه شرط الادمان فيه لان وقوع شربه اكثر من وقوع غيره فلو جعل مجرد الشرب مسقط العدالة لادى الى الحرج فظهر وجه افراده بالذكر وماقيل انه لوقال او يرتكب كبيرة لكان اولى فمدفوع بانه لوقال كذلك لكان قوله ومدن الشرب على اللهو او يأكل الربوا الى قوله او يترك به الصلاة مستدركا لدخولها تحته لايقال انه لوقال كذلك وترك هذه الاقوال لكان اخصر لانا نقول ان من ديدن ارباب المتون الايجاز المتوسط وذكر في الخزانة انه اذا ارتكب مايوجب العقوبة في الدنيا او الوعيد في الآخرة فانه يسقط عدالته وان كان جميع اخلاقه صالحة انتهى ولا تقبل شهادة من يجلس مجالس الفجور والشرب وان لم يشرب وشهادة من اعان على المعاصي اوحث عليها وشهادة الطفيلي والرقاص والمجازف في كلامه والمسخرة بلاخلاف وشهادة من يشتم اهله ومماليكه كثيرا لااحيانا وكذا الحيوان ولوشتم بايع الدابة وشهادة من يحلف في كلامه كثيرا وبايع الاكفان المترصد لهذا العمل والافيقبل لعدم تمنيه الموت والطاعون كما في البحر والمقدسي قلت الاكفان قيد اتفاقي كما هو الظاهر لما ان بايع اشجار القبور او احجارها وكذا بايع التابوت كبايع الاكفان في هذا التمني بل حافر القبور ايضا وكل ذلك معتاد في البلدان والامصار وهو المشاهد منهم غالبا (قوله الابإظهاره) اطلقه فشمل اظهار تعاطيه واظهار شربه والمشار اليه بذلك الارتكاب والضميران عائدان الى مافيكون كل من الارتكاب والاظهار اعم من التعاطي والشرب هذا (قوله اويدخل الحمام بلاازار) وكذا من مشى في السوق بسراويل ليس عليه غيره ومن يمد رجليه عند الناس او يكشف رأسه في موضع لاعادة فيه كما في المحيط نقلا عن الكرخي (قوله فاما مجرد اللعب بالشطرنج) حاصله انه اذا انفرد وتجرد لاتسقط العدالة به الا اذا ادى مايوجب الفسق اوترك المروءة من قمار او ترك صلاة اواكثار حلف اوذكر فسق اواللعب به على الطريق كما في الفتح والسراجية ثم اللعب بالنرد حرام بالاتفاق وبالشطرنج حرام عندابي حنيفة ومكروه عند الشافعي بشرط ان لايكون بمال كما في شرح المصابيح لزين العرب وعن ابي يوسف انه مباح كما في المجتبي واختاره ابن الشحنة اذا كان لمجرد احضار الذهن واختار حله ابو زيد الحكيم ذكره السرخسي كما في المحيط البرهاني وقال بعض المحققين انما حرم النرد ولم يحرم الشطرنج لان المخطئ في الشطرنج انما يحيل خطاءه على فكره والمخطئ في النرد يحيله على القدر وهذا كفر ومايفضي الى الكفر حرام كما في ينابيع المصابيح في باب التصوير (قوله على الطريق) اراد به مرأى من الناس اذ هو لازمه والمراد بالافعال البول والاكل على الطريق واظهار سب السلف والضمير المجرور في عنها والمنصوب في لايرتكبها عائدان الى الافعال ولبس في عبارة المصنف عوج فضلا من ان يكون خطاء تدبر (قوله والعلماء المجتهدون) واطلق العلماء في الفتح وقال في النهاية العدالة بسبب مسلم ساقطة

وان لم يكن من السلف فظهر انه لو قال او يظهر سب مسلم لكان اولى كما فى البحر والمقدسى والفقه فيه ان الشتم اما بما فيه او بما ليس فيه فى غيبته فيكون غيبة او افتراء يوجب الفسق او فى وجهه فيكون اساءة ادب وانه من صنيع رعاع الناس وسوقتهم الذين لا مروة لهم ولا حياء فيهم وبذلك تسقط العدالة كما فى شرح ابن وهبان (قوله وهو يدعيه) اى يقر ويطلبه وقوله من يستوفيان حقهما هو من مال الدائنين وضمير الموصول مقدر اى منه وقوله او يبرأن با ادفع اى دفع دينهما ولفظ الغريمين عنى به على الاول الدائنين وعلى الثانى المديونين وكلمة او تجعل الكلام الواحد كالكلامين فيقدر ذلك اللفظ فى الكلام الثانى على معنى مناسب له وذا ليس كالواو كما لا يخفى (قوله لانها) اى الشهادة الحقيقية ولفظ ما عبارة عن الولاية وهذه اى شهادة هؤلاء لتمكنه اى لقدرة القاضى الى نصب هذا الوصى وصيا من غير حاجة الى شهادتهم وقوله والموت معروف جملة حالية قيد لقبول شهادتهم اشار به الى ان قبولها فى هذه الصور انما هو اذا كان الموت ظاهرا والا فلا هذا فى الكل ظاهر الا فى مسئلة الغريمين للميت فان شهادتهما تقبل وان لم يظهر موته بل من غير الشهادة ايضا يؤمر ان يدفع دينهما للمقر له بالقبض لانهما اقرا ولاية القبض له فيؤاخذان باقرارهما (قوله وهؤلاء بشهادتهم) هذا بيان فائدة شهادتهم فى حق القاضى وايضا تفيد شهادتهم فى حق المشهود له وهو كونه وصى الميت وبينه وبين وصى القاضى فرق فى ثمان مسائل ذكرت فى الاشباه فليطلب منه وقوله كفوه من الكفاية والضمير المنصوب عائد الى القاضى ونصب مؤنة اى ثقلة على الظرفية مضاف الى التعيين اى تعيين القاضى للوصى وقوله بل دافعة الخ اى بل هى دافعة مؤنة تعيينه لا ان تثبت شيئا من ولاية لم تكن كما فى البيانية فظهر ان تهمة جر النفع كانت معفوة فى شهادتهم لانها انما تعمل فى الشهادة الحقيقية وان شهادتهم اظهرت كونه وصى الميت لان التعيين منه لا من القاضى مستبدا ولا بشهادتهم وان قوله ولم يثبتوا بها شيئا ليس نفيا لكونه وصيا من جهة الميت فضلا من ان يكون نفيا صريحا لذلك كما ظن وان هذه المسئلة موضع ان يصرف اليها القياس والاستحسان ولذلك اعتبرهما المشايخ وان لم ينقل عن اصحاب المذهب تدبر (قوله ولو شهدا) اى الابنان اراد به التمثيل لان شهادة الابوين والاجداد والجدات والاحفاد كذلك كما فى الخلاصة والبزازية وكذا شهادة ابوى الوكيل كما فى البحر (قوله وكله بقبض دينه وكذا لو شهدا انه وكله بالخصومة فى غيبة الاب كما فى الخلاصة وقوله ردت اطلقه ولكن قيد فى المحيط البرهانى بان هذا اذا جحد المدعى عليه الوكالة اما لو اقر بها جازت شهادتهما اقول ترك المصنف هذا القيد بناء على ان لا حاجة حينئذ الى الشهادة فى الدفع اذ قد سبق فى كتاب الوكالة ان مصدق التوكيل بقبض لو غريما امر بدفع دينه الى الوكيل لا يقال بينهما فرق حيث يبرأ الغريم لو حضر الطالب وانكر الوكالة اذا دفعه بشهادتهما بخلاف ما لو دفعه بمجرد اقراره لانا نقول هذا دعوى اخرى على ان ابراء الغريم يتيسر بان شهد الابنان على التوكيل عند حضور ابيهما منكر الوكالة فلا يكون ترك هذا القيد نقيصة كما لا يخفى (قوله ولا يوجب حق الشرع) اراد به الحدود ونوعا من التعزير اذ من التعزير ما هو حق الله تعالى ومنه ما هو حق العبد فالاول كتعزير قاطع الطريق اخذ قبل اخذ شئ وقتل وتعزير تارك الصلوة والموطى على قول الامام وكاشف عورته طوعا ولم ينته بالنهى عنه والثانى عامة ما ذكر فى بابه فالاول داخل فى حق الله تعالى وان كلا منهما يمنع الشهادة وان تاب عنهما ما لم يظهر فيه اثر الصلاح والثانى داخل فى الترديد الثانى وذا لا يسقط

بالتوبة كما هو شان حق العبد ولذلك يتفرع عليه الابراء والعفو واليمين ونحوها فظهر ان من
قال والمراد من حق الشرع هنا الحدود فقط ولبس على عمومه فيخرج منه التعزير مع كونه
حق الله تعالى وانه يسقط بالتوبة فلا يكون فى وسع القاضى الزامه لم يصب وان تبعه بعض
معاصريه تدبر (قوله وهو مايفسق الشاهد) قيل عليه ان الجرح المجرد قد يكون بما لم يفسق
الشاهد كما اذا جرحوا شهادة شهود الفرع بان شهود الاصل كانوا عميانا وليس فى ذلك تفسيق
ولا اشاعة فاحشة انتهى ولايذهب عليك ان هذه الشهادة من قبيل انهم عبيد او محدودون
بقذف اذ للفرع حكم الاصل فلا يكون هذا الجرح جرحا مجردا فلا يرد عليه كما لايخفى وقوله
اوانه استأجرهم الاوفق بما قبله ان يقال استأجره وان كان كلامه فى الاتى على الجمع وقوله
والفسق ليس كذلك اى ليس مما يدخل تحت الحكم ويسع للقاضى الزامه (قوله قال صدر
الشريعة اذا اقام البينة على العدالة الخ) وعليه كلام الحدادى فى السراج الوهاج وقوله
اذا اخبر مخبران ان الشهود الخ هكذا فى بعض النسخ وهو الموافق للسوق وسبك التحرير
وفى بعضها لم يوجد ان المشددة وان اقتضاه السبك فحينئذ الشهود مبتدأ خبره فساق واخبر
يتضمن معنى القول فيعمل فيه اى اذا اخبر مخبران قائلين الشهود فساق وقوله ومن باب
الديانات اى والحال ان الجرح بل التعديل ايضا من باب الديانات ولذا قيل فيهما خبر الواحد
لو عدلا (قوله بعض المتصلفين وهو ابن قاضى سماونة صاحب لطائف الاشارات مع شرحه
التسهيل وجامع الفصولين) من الصلف وهو التمدح بما ليس عنده ومجاوزة الادعاء تكبرا كما فى
القاموس يريد به المصنف ان ليس علم ذلك القائل مقدار ما مدح به نفسه ونظره هذا يدل
عليه لامن التصلب من الصلب بناء على انه مقبول والصواب هو الاول اذلامساس للثانى
بالمحل كما لايخفى (قوله ان مثل هذه الشهادة لاتعتبر الخ) وعليه كلام صاحب ايضاح الاصلاح
ولايذهب عليك ان ماذهب اليه صدر الشريعة هو الاوفق للقاعدة والانسب لما سبق من
المنقول ان تزكية جماعة لو عارضها جرح اثنين لاتعتبر فيرجح الجرح فالتعديل بعد هذا لايجدى
نفعا كما لايخفى وقوله بعد التعديل متعلق بقوله بالشهادة واطلق الشهادة على جرح مجرد فتشمل
شهادة بعد طعن الخصم كما هو الظاهر وبلا طعن وذا قولهما وهو المفتى به ثم هذا التفصيل
اذا طعن الخصم جهرا وبرهن جهرا اما اذا اخبر به للقاضى سرا وبرهن سرا ابطل القاضى
شهادته لتعارض الجرح والتعديل فيقدم الجرح كما فى الكافى والحاصل ان الخصم لايضره
الاعلان بالجرح المجرد وانما يشترط الاخبار سرا فى الشاهد كما فى المقدسى اقول يظهر من
هذا ان الشاهد صار فاسقا بالاخبار علنا لاشاعته الفاحشة بلاضرورة وهو حرام بالنص
فيرد شهادته كما هو الوجه الثانى فى الهداية وغيره (قوله كما عرفت) من ما جرحه به لدخل تحت
الحكم وكان فى وسع القاضى الزامه برفع العدالة الثابتة هذا فما ذكره المصنف هنا خلاصة
ماذكره القوم وصدر الشريعة وليس فى كلامه اضطراب فضلا عن كماله كما لا يخفى (قوله
او محدودون بقذف اطلقه ولكنه مقيد بانه يجب على القاضى ان يسأل الشهود ان حدهم
من السلطان اونائبه اذلو كان من واحد من الرعايا بغير اذن السلطان لا تبطل شهادتهم
كما فى المنبع وقد سبق ان تمام الحد هو المعتبر والناقص ولو سوطا يعد تعزيرا وقوله ووصفوا
الزنا اى وصف شهود الجرح زنا الشهود اشار به الى ان الوصف قيد معتبر فى الشهادة بالزنا
كقيد بعدم تقادم العهد فظهر منه ان قولهم زناة من غير تقييد بهما عد جرحا مجردا

لايحمله على التقادم فقط كما هو عليه عبارة بعض الشروح (قوله اوسرقوامنى) قيد به لانه لوقيل سرقوا من فلان شرط دعوى المسروق منه كما فى الجرح بالقذف تدبر (قوله اوشربوا الخمر) اراد به الاشربة المحرمة وكذا شهادتهم بانهم سكروا من النبيذ وغيره والعهد غير متقادم كما فى المنبع وقوله اوقذفه والمقذوف يدعيه اقول يظهر منه ان لوشهدوا بما يوجب التعزير على النوع الثانى يشترط دعوى المشتوم التعزير كما لا يخفى (قوله ودفعته اليهم) قيد به لانه لوقال لم اعطهم المال لم تقبل كما فى الشروح واراد بهذا الدفع دفعه على طريق الرشوة اذ المصالحة على عدم الشهادة ليست صلحا شرعيا وعليه كلام المولى سعدى فى حواشى الهداية (قوله وظنوا ان ذلك يطلق لهم الشهادة) اى ان سماعهم اقراره بانها فى يده تجوز لهم الشهادة وليس كذلك بل لابد وزمعا ينتهم انها فى يده هذا هو المراد وهو الموافق لما سبق منا من انه ظاهر الرواية والمختار فى الكافى والهداية فى الشهادة بالملك لذى اليد نعم فرق بين هذه الشهادة وتلك اذ شهادتهم هنا فى مجرد كونها فى يد المدعى عليه وثمه فى انها ملكه لرؤيتهم واياها فى يده ولايلزم من اشتراط الرؤية فى الشهادة بالملك اشتراطها فى الشهادة بمجرد كونها فى اليد ولذلك جوز كثير من الفقهاء شهادتهم بمجرد سماعهم عن المدعى عليه بانها فى يده ولكن مختار عماد الدين عدم الجواز وتبعه المصنف والمختار لدى الفقير الاطلاق هنا لما بينهما فرق تدبر وهنا كلام لبعض اسلافنا تركناه لعدم المناسبة للمحل كما لايخفى (قوله وان شهدا بالملك) عطف على قوله ان يشهدا وكذا وان شهدوا ولافرق بين التثنية والجمع فى باب الشهادة ولذلك يأتى تارة باحدهما واخرى بالآخر (قوله شهد عدل) اى ثابت العدالة عند القاضى اوسأل عنه فعدل كما فى فتح القدير احترز به عن المستور لاعن الفاسق اذ لاشهادة له كما فى البحر وقوله اوهمت بعض شهادتى اى فى الزيادة والنقصان كما هو مقتضى الاطلاق لان مهابة مجلس القاضى يوقع عليه الغلط باحدهما كما فى غاية البيان وكذا لوقال شككت اوغلطت اونسيت كما فى المعراج واشار بالفاء فى فقال ان هذا القول منه فى مجلس القضاء حتى اذا غاب ثم رجع وقال ذلك لاتقبل لتهمة استغفاء المدعى فى الزيادة والمدعى عليه فى نقص المال وعلى هذا اذا غلط فى بعض الحدود اوالنسب كما فى فتح القدير وذكر فى البزازية غلطوا فى حد اوحدين ثم تداركوا فى المجلس او بعده يقبل عند امكان التوفيق بان يقولوا كان اسمه فلانا ثم صار فلانا اوباع فلان وشراه المذكور (قوله لم يضرها ولوقاله بعد القضاء) صرح به فى النهاية معزيا الى ابى حنيفة وابى يوسف وعليه الفتوى كما فى الخانية (قوله اذا لم يكن فيه مناقضة) واذا لم يكذب به المشهود له كما فى المحيط البرهانى وقوله ولم يشترط عدم المناقضة اى فى الكتابين وقوله وانه اى ان هذا الاشتراط (قوله بينة الموت من الجرح اولى الخ) اقول ذكر هذه المسائل هنا لادنى ملابسة ولكن مقامها الانسب ان تذكر فى باب دعوى الرجلين اوفى اواخر باب الاختلاف فى الشهادة تذييلا كما لايخفى وذكر فى القنية فى باب البينتين المتضادتين ست وعشرون مسئلة فيها ماذكرت هنا وفى العمادية فى الفصل السابع مسائل جمة وقد صنف فى ترجيح البينات مختصرا ومطولا فليراجع اليها وقوله حينئذ اى عند الخلع وقوله اوكان مجنونا عطف على اقام اى اذا خالع امرأته ثم كان مجنونا الخ فرجحان بينة المرأة مبنى على هذا التصوير مع صحة التركيب اما لوعطف على ثم اقام بقى كان بلا واو اذ لايقتضى هذا العطف الواو فحينئذ يلزم كون كان جواب الشرط فيكون المعنى مستدركا فيفسد التركيب تدبر كما لايخفى وقوله انه كان مجنونا اى وقت

الخلع وقوله انه كان عاقلا اى عند الخلع وقوله فى الفصلين اى فى صورة اقامة الزوج بينة وصورة اقامة وليه بينة انه مجنون عند الخلع (قوله وبينة الاكراه اولى) لا حاجة فى دعوى الاكراه الى تعيين المكره كما لا حاجة فى دعوى السعاية الى تعيين العوان وقيل لا بد من تعيين العوان و الاول اصح كما فى العمادية معزيا الى فتاوى رشيد الدين

﴿ باب الاختلاف فى الشهادة ﴾

الاختلاف من العوارض والاصل الاتفاق ولذلك اخر هذا الباب اطلق هذا الاختلاف فشمل مخالفتها للدعوى كما شمل اختلاف الشاهدين واختلاف الطائفتين من المشهود فسيظهر هذا الشمول فى المسائل الآتية كما لا يخفى (قوله فصار) اى قبول الشهادة فى اثباتها بلا اشتراط الدعوى لان الدعوى كموجودة فيها (قوله ومنها اى من الملك المطلق الخ) قيل كان الظاهر ارجاع هذا الاصل الى اصل قبله كما هو المتضح من تعليل قوله و بعكسه لا انتهى وايضا الظاهر ان هذا و ماقبله يرجعان الى موافقة الشهادة للدعوى وعد مها لما انهما متفرعان عليها كما فى البدايع و غيره بل التحقيق فيه ان كليهما نوعا عدم الموافقة بينهما فلا يناسب ارجاع احدهما للآخر كما لم يناسب ارجاعهما الى ذلك تدبر (قوله و فى لفظ لا يوجب اختلاف المعنى) لكونه عين لفظ الاول او مرادفه هذا هو المراد فيصير تطابق لفظيهما على افادة المعنى بطريق الوضع وهو الموافق لما سيجئ فلا مخالفة بينهما كما لا يخفى (قوله وبه يعلم ان عبارة الوقاية ليست كما ينبغى) اشار بنفى الانبغاء الى ان كلامه صحيح ايضا بناء على ماثبت فى موضعه ان المعتبر فى التشبيه بعض الاوصاف المشتهر فلا يكون المشبه فى حكم المشبه به فى جميعها ولا فى اكثرها فظهر ان تشبيه موافقتهما بموافقة الشاهدين فى مطلق الاتفاق فالاشتراك بينهما يكفى و يصح التشبيه فيه فلا يلزم منه موافقتهما فى اللفظ كموافقتهما فى المعنى يؤيده الجواب الآتى عن بحث صدر الشريعة (قوله يجب موافقة الشهادة للدعوى) اى فى حقوق العباد لان تقدم الدعوى وموافقة الشهادة لها انما شرط فى حقوق العباد كما هو الاصل السابق والموافقة بان تطابقها او يكون المشهود به اقل و يفقد اذا خالفتها ولو بكون المشهود به اكثر كما فى الفتح ولم يضر مخالفتها لها فيما لم يشترط فيه الدعوى كما لو ادعت امة ان فلانا اعتقها و شهدا انها حرة تقبل مع انها منصرفة الى حرية الاصل وهى زائدة على المدعى به وهو حرية عارضة هذا بالاتفاق بخلاف العبد عند ابى حنيفة لان الدعوى شرط له عنده وعندهما تقبل فيه ايضا لان الدعوى لم يشترط له كالامة عندهما كما فى جامع الفصولين ولو وقع مخالفة دعوى للشهادة فاعادوهما واتفقوا تقبل كما فى البزازية هذا اذا كانت الاعادة فى المجلس اما اذا كانت فى غير ذلك المجلس فلا تقبل لان التوافق حينئذ يكون بتلقين كما هو الظاهر كما فى مجمع الفتاوى و هو الموافق لما سبق فى مسئلة او همت بعض شهادتى الى آخره (قوله لا لفظا ومعنى معا) هذا نفى الوجوب فيهما فيبقى جواز الموافقة لفظا ومعنى معا بالاولى كما لا يخفى (قوله فلو ادعى ملكا مطلقا) فرع بدعوى العين مع ان الضابط الكلى وهو وجوب الموافقة اعم من ان يكون المدعى به عينا اودينا لمكان الاختلاف فى الدين انه كالعين اولا وقد نص شمس الاسلام على انه كالعين والاشبه الى الصواب انه مثل العين كما فى الخلاصة (قوله كدعوى الدار بالارث) مثلا جعل دعوى الارث مثالا لدعوى المطلق بناء على ان المشهور ان دعوى الارث كدعوى المطلق كما فى الفتح وجزم به فى البزازية ولكن فى الفتح تفصيل حسن ورد لما فى الكنز انه جعل الارث سببا كالشراء و هو الموافق

لما في شهادات المحيط كما في العمادية فظهر انه ترك التمثيل لملك بسبب نعم لو جعل الامر بالعكس لكان اولى لان الملك بسبب احوج (الى التمثيل كما لايخفى قوله قبلت) اطلقه ولكن ذكر في الاجناس يسئل القاضي مدعي الملك الملك بهذا السبب الذي شهدوا او بسبب آخر ان قال بهذا يقضي به وان قال بسبب آخر لايقضى بشيء اصلا كما في البزازية (قوله وبعكسه لا) هذا اذا قال شريته من فلان وذكر شرائط المعرفة اما لوجهله فقال اشتريته فقط اوقال من رجل اومن زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت كما في الفتح وكذا لو ادعى ملكا مورخا واطلق شهوده لاتقبل وعكسه تقبل في المختار كما في الخلاصة وفي الشراء عكسه كما في المقدسي (قوله ولفظ لايوجب اختلافه) اخذ هذه العبارة من العمادية ومن الجامع الكبير الا ان عبارتهما وفي اللفظ الذي لايوجب خللا في المعنى والمراد بخلل فيه اختلافه ومخالفته للفظ الآخر هكذا صور به في غاية البيان وشروح الجامع الكبير وتبعهم المصنف ويكون تفسيرا لاجمال ما في الهداية فظهر ان لاخلل في كلام المصنف فضلا من ان يكون مخالفا لما في الكتب تدبر (قوله بطريق الوضع) كتطابق الهبة والعطية على الافادة وقوله لا التضمين كتضمين درهمين درهما والفين الفا وقوله وعندهما يكفي الاتفاق في المعنى فيحكم بدرهم في درهم ودرهمين وبالف في الف والفين اذا ادعى الاكثر واما اذا ادعى الاقل فلا يحكم بشيء بالاتفاق الا اذا وفق المدعى كان لي عليه درهمين الا انه قضى لي درهما اوابرأته ولم يعلم به الشاهد فحينئذ تقبل لزوال الاختلاف المانع من القبول كما في الشروح والفتاوى فقوله ردت اى عنده واما عندهما تقبل في الاقل اذا ادعى الاكثر الخ ثم انه لابد من ذكر التوفيق فيما يحتمله على الاصح حتى لو سكت عنه لم تقبل كما لم تقبل فيما اذا كذبه في الزيادة كما في العناية ومعراج الدراية (قوله حيث لاتقبل) لان المشهود به فعل حقيقة فلا تقبل الشهادة لو اختلفت في الانشاء والاقرار فيه كما في الخانية ثم في اختلافهما في المكان اوفي الوقت اوفي الانشاء اوفي الاقرار وكل منها اما في فعل اوقول اوفعل ملحق بالقول اوعكسه تفصيل حسن يتفرع عليه مسائل جمة ذكرت في الخانية والفصلين وجامعهما (قوله وقبلت على الف في بالف ومائة) وهكذا عبارة الوقاية متنا وشرحا ومن صوب قوله في بالف بلاباء لم يصب (قوله لاتفاقهما في الالف) تعليلهم في هذه المسئلة وفي المسئلة السابقة يقتضي في السابقة انه لوشهد احدهما بالف والآخر بالالف والف على طريق العطف تقبل في الالف اتفاقا اذا ادعى الاكثر اووفق في دعواه بالاقل ثم اورد صاحب الكافي وغيره العشرة وخمسة عشر من قبيل الف والفين فلاتقبل فيها وفي القنية ينبغي ان تقبل اقول هو الاشبه لان العاطف مقدر فيه ولذلك بنى والمقدر كالملفوظ بخلاف التثنية ولان جزء لفظه يدل على جزء معناه اذ ليس هو علم هذا وقد صرح بخلافه في البزازية وهو محل تأمل كما لايخفى وقوله حيث لاتقبل اى شهادة مثبتة الزيادة لان المدعى الخ الا اذا وفق المدعى فحينئذ تقبل لما سبق فظهر ان الشهادة لوكانت باكثر من المدعى به لاتقبل بلا توفيق واما اذا كانت باقل منه تقبل كما في تنوير التلخيص وقد فرع في كتب الفتاوى على اختلاف الشاهدين مسائل جمة اورد منها صاحب البحر اثنتين واربعين مسئلة ولله دره حيث جمع كلا منها من نهر في بحره تكميلا للفائدة (قوله ان ادعى الاكثر) اطلقه فشمل من مائة الى تسع مائة فقول المصنف وهو الف ومائة مثال من جملة الامثلة لم يخص به شمول الاكثر وعمومه هذا (قوله هذا الذي ذكر) اى رد الشهادة على الاختلاف فيما لوشهد احدهما بالف الخ وقبولها على

الاتفاق فيما لوشهد احدهما بالف والاٰخر بالف ومائة الخ (قوله اوكان المدعى) اى بالاقل اوالاكثر وهو المراد من اطلاقه ومن قوله مطلقا ولذلك صرح به فى قوله الاٰتى وليس فيه مايخالف عبارة الزيلعى بان لم يشمل المراد هنا نعم لوقال اوكان المدعى ايا من العاقدين لشمل الكتابة ايضا اذ الرد مطلقا انما هو فى عقد البيع والكتابة كما سيظهر من التفريع على مااختاره المصنف تبعا للهداية (قوله ردت) وفى الظهيرية عن السيد الامام الشهيد السمرقندى تقبل لان الشراء الواحد قديكون بالف ثم يصير بالف وخمسمائة بان يزاد فى الثمن فقد اتفقا على الشراء الواحد بخلاف مالوشهد احدهما بالف درهم وشهد الاٰخر بمائة دينار لان الشراء لايكون بالف درهم ثم يصير بمائة دينار انتهى اقول هذا عجيب منه اذالمسئلة نص عليها محمد فى الجامع الصغير وخلاف المنقول ليس محل التخريج وكون المدعى البائع كذلك من غير فرق كما فى الشروح المعتبرة اذالزيادة كالحط كما سبق فى كتاب البيع فلايصح القول بالقبول فى الشراء دون البيع على ان هذا التخريج ليس بصحيح اذ لوصح لزم القضاء ببيع بلاثمن لانه لم يثبت احدالثمنين بشهادتهما فتعود الخصومة كما كانت كما فى الفتح نعم لوصرح بالتوفيق ينبغى ان تقبل على الاقل ولم ارمن يصرح به فحينئذ يحمل عليه مانقل عن السمرقندى تدبر (قوله فالبيع بالف) وكذا الكتابة لان عقد الكتابة تختلف باختلاف البدل على مافصل به فى الهداية ولايختلف بكون المدعى اياكان من العاقدين فى رد الشهادة فترد فى كليهما ولكن اذا كان المدعى هو العبد فهو ظاهر لان مقصوده العقد واما اذا كان المولى فلاتقبل لان العقد غير لازم فى حق العبد لتمكنه من الفسخ بالعجز فبالنظر الى مردودية الشهادة فيهما عد من قبيل التفريع الاول وبالنظر الى مردوديتها فى الثانية لكونه عقدا غير لازم فى حق العبد جاز ان يعد من قبيل الثانى كما اختاره فى بعض المتون والاولى مااختاره المصنف تدرب كما لايخفى (قوله لان هؤلاء لايقصدون اثبات المال بل اثبات العقد) هذا فى غير الرهن واما عدم القبول فى صورة الرهن فلانه لما لم يكن للراهن الاسترداد قبل قضاء الدين لم تفد دعواه فكانت كأن لم تكن فلا تقبل الشهادة لمثلها كما فى البيانية (قوله ولان المدعى يكذب احد شاهديه) لاستلزام شهادته عقدا غير مايدعيه المدعى تدبر وقوله لما عرفت من ان البيع بالف غير البيع بالف وخمسمائة وقوله وان ادعى الاٰخر بعد الالف اى فى كل من هذه الاربع او بعضها اى فى الصور الاربع (قوله وكذا الباقيان) اى المرتهن والزوج بان ادعى المرتهن ان هذا رهن عنده بالف وخمسمائة وشهد شاهد بالف وآخر بالف وخمسمائة وبان ادعى الزوج خالعها على الف وخمسمائة واختلف الشاهدان كذلك ولاشك ان المقصود حينئذ ليس الا المال فى الكل ولذلك حكم بان دعوى كل منهم كدعوى الدين (قوله فى وجوهها) وذا انه ان ادعى اكثر المالين فشهد به شاهد والاٰخر بالاقل ان كان الاكثر بعطف مثل الف وخمسمائة قضى بالاقل اتفاقا وان كان بدونه كالف والفين فكذلك عندهما وعند ابى حنيفة لايقضى بشىء ووجهه ماعلله بقوله اذ ثبت العفو الخ كما فى فتح القدير ويتفرع عليه التوفيق والتكذيب والسكوت حيث تقبل بالاول وترد فى الاخيرين كما فى البيانية (قوله باعتراف صاحب الحق) وهو الولى والمولى والزوج وقوله ليس هذا اى ليس دعوى الاٰخر كدعوى الدين لان اعتراضه على كل الصور المذكورة وقوله ويمكن ايضا اى كما لم يكن الدعوى من الجانب الاٰخر كدعوى الدين يمكن ان يكون الحق فى دعوى الدين وقوله اماههنا اى فى دعوى الاٰخر وقوله اى كما فى الطرف الاٰخر وهو كون المدعى العبد الخ (قوله اقول جوابه ان المشبه لايجب ان يكون) هذا جواب تسليمى حاصله التساوى بينهما

فى الحكم وان كانا مختلفين فى العلة ومطمح النظر الى الحكم فالتساوى فيه يصحح التشبيه سيما فى عبارة الفقهاء ونظيره فى الاصول الاجماع المركب ولك ان تجيب بالمنع ايضا بان يقال انه قد سبق فى كتاب البيع ان الحط يلحق باصل العقد فيمكن هنا ان يقع العقد بالف وخمسمائة اولا ثم حط خمسمائة حتى صار البدل الفا فشهادة شاهد بالاكثر بناء على الابتداء وشهادة آخر بالاقل بناء على الحط اويقال ان المدعى عليه عبدا كان او غيره يمكن ان يقر بالاكثر عند شاهد و بالاقل عند آخر فامكن التوفيق على كلا التدبرين فينبغى ان تقبل على الاقل اوصرح المدعى بالتوفيق فى التقدير الاول وصرح الشاهد ان باقراره فى التقدير الثانى تدبر (قوله لان المال فى هذه الصور) تعليل لهذه المسائل حاصله ان حصول المال فى ضمن العقد وكونه تابعاله انمايعتبر اذا كان دعوى العقد مقصودا وههنا ان دعوى العقد غير مقصود فلم يعتبر حصوله فى ضمن العقد ولم يعتبر الاختلاف الناشى عنه كذا افاده صاحب الايضاح وقوله والمدعى فى الرهن عطف على صاحب الحق وقوله كان الدعوى خبران (قوله بين ثبوت العقد) اى قصدا اوزواله اى زوال العقد حيث لم يعتبر ومالم يعتبر بعد الثبوت يكون كالزائل هنا ومن فسر بقوله اى بين كون العقد مقصودا اصالة و بين كونه مقصودا تبعا بنى كلامه على قوله وان اعتبر اعتبر بالتبع للدين وعلى حقيقة الحال اذ العقد لم يزل حقيقة وعليه قوله لكن الامر صار بالعكس حين الدعوى فظهر ان لاخبط فى هذا التفسير والاول مبنى على قوله كان الدعوى فى الدين ولايعتبر العقد وهو المتبادر من عنوان الزوال تدبر (قوله والاجارة كالبيع) لم يقل كالشراء مع ان البيع لم يسبق ذكره لماسبق ان لافرق بينهما اطلقه فشمل مالو كان المدعى موجرا كان اومستأجرا قبل استيفاء المنافع وقيد فى الصورة الثانية بكون المدعى هو الموجر لانه لو كان مستأجرا فهو دعوى العقد بالاجماع كما فى فتح القدير فيجب عليه مااعترف فلا حاجة الى البينة ولا الى اختلاف الشاهدين و اتفاقهما كما فى الشروح واراد بعد المدة مضيها مع تسليم وتسلم وان لم يستوف كما فى المقدسى (قوله والنكاح) هذا مسئلة ثامنة ذكر المصنف كل الثمان هنا تبعا لما فى الهداية وغيره وسكت عن الصلح بمال لانه ان كان عن اقرار كان بيعا وان كان بمنافع كان اجارة وقد علم حكمهما ولم يذكر الكفالة ولايتصور الدعوى بها الامن الطالب والظاهر انها من قبيل دعوى الدين والحوالة كالكفالة لايتصور الا من المحتال كما فى البحر (قوله يصح بالاقل مطلقا) هذا عند ابى حنيفة وهو الاستحسان و بهذا الاطلاق الذى شرحه المصنف صحح فى الهداية وذكر فى الامالى قول ابى يوسف مع ابى حنيفة كما فى الشروح وذكر فى الحصيرى والمبسوط ان الخلاف فيما اذا كان المدعى الزوجة وفيما اذا كان المدعى الزوج فالاجماع على عدم قبولها لان مقصودها غالبا المال وانما مقصوده العقد وصححه فى الفوائد كما فى النهاية وعليه كلام المنظومة وعلى كلام المصنف المجمع وصرح فى المنبع بانه هو الاصح صرح به فى الهداية وغيرها انتهى (قوله كما اذا شهدا بقرض) تبع المصنف فى هذا السبك الوقاية ولكن الانسب ان يقول هكذا شهدا بقرض الف وقال احدهما قضاه قبلت بالف كما اذا شهدا بالف وقال احدهما قضى خمسمائة لان حق التشبيه غالبا ان يكون المشبه به اقوى واتم فى وجه التشبيه فههنا ان صحة الشهادة فى مسئلة الالف المطلق اقوى واتم من صحتها فى مسئلة القرض لانه شهد فيها البقاء خمسمائة وشهد بالف كما حمله واما شهادته مع قضاء الكل ربما يتوهم ان يمتنع اصلا وان لاتقبل وقد نقل الطحاوى عن اصحابنا فيها ان لايقضى القاضى بالقرض

ايضاوهوقول زفر وانما قبلت كما نص عليه فى الجامع الصغير لمجرد صدقه فيما شهد من القرض متقدما ولانظر للقاضى الى اعتقاده بل الى اداء شهادته هذا نعم لااعتبار لمثل هذا الاهتمام فى كلام المشايخ وانما الدعوى فى الانسبية كما لا يخفى (قوله وقضى القرض) اى كله فى الثانى وهذا هو الفارق بين هذه المسئلة و بين مسئلة قبلها وفرق اخر ان صحة الشهادة اقوى واتم فى تلك من صحتها فى هذه وان الموضوع مختلف فيهما فى هذه القرض وفى ماقبلها المطلق وافراد المقيد بالذكر مع ذكر المطلق ناش من نكتة وهى ماسبق من الفرقين (قوله وشهد اخران بقتله) فيه بكوفة وصورة ماقال ان لم احج العام فعبدى حر فاقام العبد بينة انه قتل يوم النحر بكوفة والورثة اقام بينة انه قتل فيه بمكة ورد ماحاصله انهما اختلفا فى المكان وكذا لواختلفا فى الزمان اوالآلة بان قال احدهما قتله بسيف والآخر بيده لم تقبل وكذا لوشهد احدهما بالفعل والآخر بالاقرار وقيد بكون المشهود به القتل لانهم لو شهدوا على اقرار القاتل بالقتل فى وقتين او مكانين تقبل لانه قول يعاد و يكرر كما فى الشروح (قوله فان قضى باحدهما بان سبقت) وقضى بها ثم حضرت اخرى ردت لرجحان الاولى باتصال القضاء بها سابقا فلا يكون الثانية مثلها فلا ينقض الاولى بها كما فى الشروح فظهر ان رجحان الاولى باتصال القضاء بها من غير مزاحم لا بمجرد السبق كما يوهمه كلام المصنف (قوله شهدا بسرقة بقرة فقط) وهو المراد من اطلاق اذلوادعى بقرة بيضاء اوسوداء واختلف الشاهدان لم تقبل اجماعا لان المدعى اكذب احدهما كما فى النهاية نقلا عن التمرتاشى وقوله واختلفا فى لونها اطلق الاختلاف فى لونها فشمل مالوكان بين اللونين تشابه اولا وهو الصحيح كما فى المبسوط والظهيرية والكافى (قوله بلا جر الشاهدين و بلا تعيين جهة الارث) فلو شهدا انه اخوه لابد ان يعينا انه شقيق اولاب اولام وكذا الحال فى غيره ولم يشترطه ابو يوسف غيرانه يسأل البتة عن عدد الورثة للقضاء كما فى الفتح اقول فحينئذ يتبين جهة الارث كما لايخفى وذكر فى البزازية ان لوشهدا انه مولاه لم تقبل لان المولى مشترك فان قال مولاه اعتقه ولا نعلم وارثا غيره فحينئذ تقبل انتهى (قوله و يحل للوارث الغنى الخ) وايضا يحل للوارث وطئها ولو كانت حراما المورث او بعكس وقوله لكن يكتفى الخ استدراك من قوله والمتجدد يحتاج الى النقل والاستصحاب يصلح لابقاء ماكان على ماكان لالاثبات مالم يكن كما عرف فى موضعه وقوله وكذا اى و يكتفى بالشهادة على قيام يده الخ وقوله لان الايدى عند الموت ولو يد غصب او يد امانة تنقلب يد ملك بواسطة الضمان ولو بالتجهيل هذا هو المراد والتفصيل فى الكافى وقوله اذا الظاهر الخ تعليل لكون الايدى عند الموت منقلبة الى يد الملك هكذا فى البيانية والعناية وفوائد ارشد الدين (قوله ذااليد) مفعول اول الفعل اعار واودع وآجر على سبيل البدل والمفعول الثانى هو الضمير المتصل لكل منهما قدم على الاول لاتصاله وشهادة الاستعمال عليه كما لايخفى على من تدرب (قوله انها كانت لابيه اعارها الخ) وقال بعضهم لابد وان يقول وهو وارثه لازالة وهم الرضاع كما فى دعوى الظهيرية والصحيح انه لاحاجة اليه كما فى البحر والمقدسى اقول ان هذا القيد كما يزيل وهم الرضاع يزيل موانع الارث الاربعة الاان دعوى سقوط الارث لاتصح من المستعير والمودع والمستأجر فظهر ان لا حاجة الى هذا القيد كما لايخفى (قوله شهدا بيد حى الخ) ذكر هذه المسئلة فى الهداية استطرادا لانها ليست من باب الميراث ووجهه انه لما ذكر ان الشهادة بقيام يد الميت قبلت بالاتفاق ولاكذلك الشهادة بقيام يد الحى ذكرها تكميلا للفائدة و لم يكتف

بالمفهوم لان عدم القبول ليس على الاتفاق وذكر المصنف لتكميل الفائدة ولان يتفرع عليه
قوله الا ان يقولا الخ او قوله وعن ابي يوسف الخ اشار به الى ان هذا غير ظاهر رواية عنه
وفي ظاهر الرواية انه معهما كما في الفتح وقوله مذ كذا قيد اتفاقي اذ لولم يذكرا وقتا فكذا كما في الفتح
ايضا وقوله انها كانت في يده قيد به اذ لو قالا انها كانت له تقبل بلا خلاف كما في الخانية (قوله
وان اقر المدعى عليه به الخ) تفصيل لاجمال احداث اليد فيه اذ الصور المنقولة من الكافي كلها
يصلح لان يكون بيانا لهذا الاجمال ومن خص ذلك بالصورة الاخيرة لم يصب كما لم يصب
في عدها تكرارا بلا طائل اذ التفصيل بعد الاجمال والتفريع عليه مفيد ومما لا يعد تكرارا
كما لا يخفى على من تدرب ﴿ باب الشهادة على الشهادة ﴾ تأخير شهادة الفرع
عن الاصل لا يخفى حسنه (قوله اعني الشهادة الخ) تفسير لفاعل كثرت وتلك الكثرة مبنية على
جواز الشهادة على شهادة الاصل المراد بقوله جوزت فحاصل ما يراد به انها كما تجوز في درجة
تجوز في درجات اعني الشهادة على الشهادة على الشهادة على الشهادة وان بعدت كما في العناية
صيانة لحقوقهم عن الضياع كما صرح به في الكافي فيشمل كلام المصنف المرتبة الاولى وغيرها
من الدرجات كما لا يخفى (قوله فيما يسقط بالشبهة وهو الحدود والقصاص) كما في الخانية وقوله
فيما لا يسقط يشمل الاقارير والحقوق واقضية القضاة وكتبهم وكل شئ سوى ما ذكر من الحدود
والقصاص كما في الفتح فيشمل وهو الصحيح والتعزير كما في الاختيار والنسب كما في خزانة المفتين
(قوله بشرط تعذر حضور الاصل بموت الخ) وكذا بكون الاصل امرأة مخدرة وهي التي
لا تخالط الرجال ولو خرجت لقضاء حاجة اوللحمام كما في القنية وبكونه محبوسا بسجن غير هذا
القاضي كما في السراج للحدادي وذكر في الفتح وغيره ان الاصل لوكان حيا شرط بقاؤه جائز
الشهادة وقت اداء الفرع حتى ان الاصل لو خرس او جن او عمي او ارتد او فسق لم يجز شهادة
الفرع انتهى وقوله اي اصل الشاهد اضافة الاصل الى الشاهد بيانية اي اصل هو الشاهد
هذا التفسير هو الموافق لعبارة المتن وليس فيه مخالفة لعبارة القوم وهي شاهد الاصل بمعنى
الشاهد الاصيل ولا فيه خفاء لاتحادهما معنى كما لا يخفى والمراد تعذر حضوره عند سماع القاضي
اذ لا يشترط ذلك وقت التحميل كما في خزانة المفتين وقوله لا يستطيع بأن يلحقه حرج بحضوره
مجلس القضاء كما في تنوير التلخيص وانما قبل لانه تكليف العاجز باطل وتكليف القاضي الحضور
شنيع كما في المقدسي (قوله اي يكون غائبا مسيرة ثلثة ايام) فسره بهذا دفعا لما يفهم من ظاهر
المتن انه يجوز بمجرد سفر الاصل بان يجاوز بيوت مصره قاصدا مدة السفر وان لم يسافرها
ولكن لما كان كلام المشايخ انه لابد من غيبة الاصل مدته كما صرح به في الخانية فسره بما ترى
فظهر ان المراد من سفره غيبته وفي التنوير المعتبر في غيبته مدة السفر وهو الصحيح انتهى (قوله
وعن ابي يوسف الخ) وعنه وعن محمد يجوز الاشهاد من غير عذر مطلقا الا ان هذا غير ظاهر
فلا يفتى به كما في المنيع معزيا الى التتمة وقوله الاول احسن وهو ظاهر الرواية كما في الحاوي وقوله
وبه اخذ الفقيه ابو الليث وكثير من المشايخ حتى قال فخر الاسلام انه حسن وفي السراجية
وعليه الفتوى وقد اختلف الترجيح والارجح هو الثاني وان كان غير ظاهر الرواية لما قيل فيه
وعليه الفتوى (قوله شهادة عدد) اي نصاب وهو رجلان او رجل وامرأتان ولو شهادة
الولد على شهادة الوالد فانها جائزة وعلى قضائه لا يجوز كما في الخلاصة والصحيح الجواز على
قضائه ايضا كما في خزانة المفتين والبزازية واطلق شهادة عدده لكن يجب ان يكون كل

منهما فرعا كاملا حتى لوشهد رجلان على شهادة رجل وشهادت احدهما بعد نقل شهادة الاصل على شهادة نفسه فى ذلك الحق فهو باطل اذا الاصالة يقتضى مشاهدة الحق والفرعية عدم مشاهدته و بينهما منافاة كما فى البزازية والمنبع (قوله ان فلانا الخ) اراد به اسمه العلم حتى لو قال لم اعرف اسمه اوعرف ولم يسمه للقاضى لاتقبل شهادته كما فى الخزانة والبرجندى ومافى الصغرى من وجوب ذكر اسم الاصل واسم ابيه واسم جده محمول على الاحتياط كما لا يخفى (قوله وهى وسطى العبارات) اختارها صاحب الهداية وشمس الائمة الحلوانى وتبعهما المصنف وهو الاصح كما فى المنبع والطريق الاول اختاره الخصاف وبه اخذ ابو القاسم الصفار والطريق الاقصر اختاره ابو الليث واستاده الهندوانى وهكذا فتوى شمس الائمة السرخسى كما فى الذخيرة (قوله صح تعديل الفرع للاصل) اشار بعنوان الصحة ان فيه اختلافا لما انه عن محمد عدم الصحة لتهمة المنفعة وله الصحة ظاهر الرواية وصححها فى الصغرى وهكذا فى المنصورية لما ذكره المصنف ولانه نائب فى نقل عبارة الاصل الى مجلس الحكم فاذا نقل انتهى حكم النيابة فيصير اجنبيا فيصح تعديله اذا عرفه القاضى كما فى الشروح (قوله وان سكت صح نقلها) وذكر الخصاف عدم صحته وهو ظاهر الرواية نص عليه السغدى والصحيح صحة قبوله نص عليه الحلوانى كما فى المنبع ثم هذا النقل صحيح من غير اساءة وعليه كلام الكافى وغيره ولكن كلام الخزانة على انه مسيئ لتركه الاحتياط وقد قالوا الاساءة افحش من الكراهة كما فى البحر (قوله وقال الزيلعى معناه الخ) قاله ذلك بعد تفسير الشهادة بالاشهاد وانما ترك ذكر هذا التفسير هنا ليحسن التقابل بين قوله قال فى الكافى معنى المسئلة وقوله وقال الزيلعى معناه الخ وقد صرح فى اثناء بحثه على الزيلعى بمغايرة الاشهاد للشهادة وعدم صحة تفسيرها به والمصنف لم يهمل فى نقل ماهو مدار الافادة ولا فى نقل مغايرة تصويريهما (قوله ولعل منشأ غلطه الخ) اقول ومن الله التوفيق واستمده فى التحقيق لاخفاء فى ان كلا من صورتى المسئلة مقصودة هنا الا ان احديهما لومقصودة بالذات يكون الاخرى مقصودة بالتضمن فان انكار الاصل الشهادة يقتضى بطلان شهادة الفرع سواء انكر الاصل الاشهاد ايضا كما هو الظاهر اولم ينكر وان انكار الاصل الاشهاد يقتضى بطلان شهادة الفرع سواء اقر الاصل الشهادة لنفسه كما هو الظاهر او لم يقر فلكل وجهة وعبارة الفقهاء وهى وان انكر شهود الاصل الشهادة يتبادر منه تصوير الكافى وتعليلهم بقولهم لان التحميل لم يثبت للتعارض يتبادر منه تصوير الزيلعى اذ الظاهر فى التعليل على الاول ان يقال لان الشهادة لم توجد للاصول فى هذه الحادثة فكيف يوجد التحميل ويصح لووجد وكيف تقبل شهادة الفرع فظهر انه لم يخف فضلا عن الغلط على الامام الزيلعى سيما ان شانه عال من ان يخفى عليه مثل هذا المقام لمثله اذ هو من مشايخ الفقه يرجع اليه ويعتمد عليه هذا العلم عند الله تعالى ثم بطلان شهادة الفرع وعدم قبولها لوكان الانكار من الاصل قبل اداء الفرع وحكم القاضى بشهادته بان يثبت على الفرع انكار الاصل واما بعد الاداء والقبول والحكم بها فلا يلتفت الى انكاره على ما سيجيئ كما لا يخفى (قوله اذا انكر اصل الشهادة) فاصل منون فاعل انكر والشهادة نصب على انه مفعول به وقوله بل هذا اى انكار الاصل ذلك ابلغ يريد به ان انكاره للشهادة يستلزم انكاره للاشهاد فيكون انكاره لها كناية عن انكاره له وماثبت بطريق اللزوم ابلغ لانه ثابت بدليل وهو اللزوم صرح به فى محله هذا

وانت خبير بان انكاره لها لا يستلزم انكاره له لان للاصل يحتمل ان يقول اشهدت الفرع فى ذلك كاذبا فيوجد الاشهاد مع انكار الشهادة وهو من جملة صور البطلان وقد اشير اليه فيما سبق غاية ماخفى على الزيلعي توهمه عدم بطلان شهادة الفرع مع انكار الاصل للشهادة وحاشاه عن ذلك فظهر ان التحقيق ماسبق تدبر (قوله على فلانة بنت فلان الفلانية) فلانة غير منصرف للتأنيث اللفظي والعلم وفلان منصرف و بدون الالف واللام كناية عن الاناسي و بهما كناية عن غيره من البهائم وغيرها كما فى المصباح وغيره واشار بالنسبة الى انه يشترط فى الاشهاد الاعلام باقصى ما يمكن كما يشترط ذلك فى اداء الشهادة لان مجلس الاشهاد بمنزلة مجلس القضاء كما فى الخانية (قوله كذا الكتاب الحكمى) يريد به ان الكتابة الحكمى فى معنى نقل الشهادة الا ان القاضى لوفور ولايته معدبانته قام قوله مقام قول الاثنين فانفرد بالنقل كما فى فتح القدير وغيره (قوله حتى ينسباها الى فخذها) اراد به القبيلة الخاصة التى يحصل بها تمام التعريف حتى لو جمع الفخذ الفصائل لم يجز الا كتفاء به مالم ينسبها الى فصيلتها كما فى البحر والمقدسى فظهر ان تمثيل البزازى للفخذ بالتميمى محمول على انه اراد به القبيلة الخاصة كما لا يخفى (قوله لم يصح اى نهيه) اشار به الى ان الاشهاد ليس بتوكيل اذ لوكان توكيلا لصح منعه ولكن يشترط امره بالشهادة لانها حقه فلا يعتبر نقل احد بدون امره حتى لو سمع تحميل شاهد ليس لسامع ان يشهد على شهادته لانه انما حمل غيره بحضرته كما فى الفتح وذكر فى القنية انه لوسكت الفرع عند التحميل يكفى لكن لوقال لا اقبل ينبغى ان لايصير شاهدا انتهى حتى لو شهد بعد ذلك لا تقبل كما فى البحر (قوله كافران شهدا على شهادة مسلمين الخ) قيد بهذا لانه لو شهد مسلمان على شهادة كافر جاز كما فى كافى الحاكم (قوله عزر بالتشهير) التشهير لغة الرفع على الناس كما فى القاموس والابراز كما فى المصباح وهذا شرعا اعم من ان يكون ماشيا او راكبا وعلى بقرة كما فى البحر او على حمار كما هو عرف ديارنا وقوله لانه ارتكب كبيرة اشار به الى ان شهادة الزور كبيرة قال عليه السلام يا ايها الناس عدلت شهادة الزور بالاشراك بالله ثم تلا قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وعدها من الكبائر حين سئل عنها كما فى الكافى (قوله وان شرحا الخ) والفتوى على قول ابى حنيفة كما فى السراجية وقولهما هو الحق كما فى فتح القدير اقول ولا يلزم من كون قولهما حقا ان يرجح على قوله بل قوله هو الحق ولهذا كان الفتوى عليه وذكر فى النهاية والمنبع معزيا الى الحاكم الامام ابى محمد الكاتب انه اورجع على سبيل التوبة والندامة لا يعزر بلا خلاف وان رجع على سبيل الاضرار يعزر بلا خلاف وانما الاختلاف فيما لم يعلم وجه رجوعه كما لا يخفى

﴿ باب الرجوع عنها ﴾

مناسبته العامة والخاصة اى لمسئلة شهادة الزور وتأخيره ظاهرة وترجمته بالباب لان مسائله تدخل فى مسائل كتاب الشهادات كدخول مسائل نواقض الوضوء فى كتاب الطهارة وترجمته بالكتاب فى الجامع الكبير بناء على انه مشتمل على خمسة ابواب لا لانه مباين الشهادة اذ الرجوع رفعها لما عرفت ان المباينة لم تمنع الدخول وقد صرحوا بان الكتاب فى اصطلاح الفقهاء كجملة من الجلد والباب كالدار والفصل كالبيت قال الشريف الجرجانى الفصل قطعة من الباب فلما لم يمكن لهذا تعدد الباب ولا اقل ان يكون فوق الفصل ترجمه بالباب فظهر ان هذا اولى من الترجم بالفصل كما فى الوقاية ومن الترجم بالكتاب كما فى الهداية وضمير عنها راجع الى الشهادة سواء كانت شهادة اصل اوشهادة فرع ثم الرجوع

عنها مشروع بالاجماع لاثر عمر رضى الله تعالى عنه قال الرجوع الى الحق خير من التمادى في الباطل ولان فيه خلاصا عن عقاب الكبيرة ولان الاستحياء من الخالق اولى من الاستحياء من المخلوق مع تدارك ما اتلف بالزور كما في الشروح (قوله كنت مبطلا فيهما) وكذا كذبت في شهادتي هذا ركن الرجوع لانه انما يقوم به وشرطه مجلس القضاء اشار اليه بقوله لا يصح الا عند القاضي وقوله فلا يكون انكاره الخ يريد به انه لو قال ماشهدت في هذه القضية لا يكون هذا رجوعا وقوله فاذا ادعى المشهود عليه جواب اذا لم يصح وقوله رجوعهما اى في غير مجلس القاضي هذا اذا انكر الشاهد رجوعه و اما اذا اقر عند القاضي انه رجع عند غيره صح اقراره بان يجعل هذا رجوعا مبتدأ منه لا لاعتبار رجوعه عند غير مجلس القاضي كما في الخلاصة (قوله قبلت بينته) واذا عجز عنها يستحلف الشاهد كما في منية المفتي وقيد بدعوى القضاء بالرجوع و بالضمان لانه لو لم يدع بذلك لا يصح ولا تقبل بينته كما في التتمة (قوله وحكمه بعد القضاء) اطلقه فشمل مالو كان الشاهد وقت الرجوع افضل من حاله وقت الشهادة في العدالة او دونه منه او مثله وهو القول المرجوع اليه لابي حنيفة وهو قول ابي يوسف ومحمد والائمة الثلثة كما في الدراية واطلق المال فشمل الدين والعين وقوله وانما قال وقبض المال لان القاضي الخ يريد به ان اتلاف مال المدعى عليه انما يتحقق بقبض المدعى وفي هذا لا يتفاوت الحكم بين العين والدين هذا على اختيار شمس الائمة وتبعه صاحب الهداية وتبعهما المصنف وقال شيخ الاسلام لو كان المشهود به دينا فليس للمشهود عليه ان يضمنه الشاهدين مالم يستوفه المشهود له من المشهود عليه وان كان عينا فله التضمين سواء قبضه المشهود له منه او لم يقبضه بعد واختاره في الذخيرة و ينظر الى قيمة المشهود به يوم القضاء هكذا في عامة الشروح فظهر من هذا ان ماصرح به في الخلاصة والبزازية والخزانة ان حكمه بعد انقضاء الضمان قبض المدعى المال او لم يقبض قالوا وعليه الفتوى فخلاف الرواية فيما كان المشهود به دينا تدبر (قوله لعدم الاتلاف) في زعم المقضي عليه مادام المشهود به في يده اوفي ذمته فليس له ان يضمنهما بشيء مالم يقبضه منه (قوله وهو خمسة الاسداس) اى الاسداس الحق كما ان المراد بالنصف نصفه ولذلك عرفهما (قوله في الاولى) اى في صورة وجوب السدس على الرجل و المراد بالثانية صورة وجوب النصف عليه والاوضح ان يقال في قوله بدل قوله في الاولى وان يقال في قولهما بدل قوله في الثانية (قوله وله ان كل امرأتين) ظاهر تأخير الدليل مع تقديم القول على ترجيح قول الامام واما تصريح قولهما في المتن مقابلا بقوله يقتضي التساوي بينهما ثم رجحان قول الامام مبني على قوة دليله وذا على ماصرح في المبسوط وغيره ان حكم الشهادة كحكم الميراث وفيه يجعل كل بنتين كابن معه وعند الانفراد لم يزد نصيبهن على الثلثين وكذلك في الشهادة عند الانفراد بعد نصف النصاب فيها وعند المقارنة بالرجل يزداد النصاب و يضاف القضاء بشهادة الكل على ان كل امرأتين كرجل هذا وماذكر في المحيط انه لو رجع الرجل وثمان نسوة فعلى الرجل نصف الحق ولا شيء عليهن لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد فمحمول على قولهما كما ان ماذكره الاسبيجابي من انه لو شهد رجل وثلث نسوة ثم رجع رجل وامرأة كان النصف عليهما اثلاثا محمول على قوله وعليه كلام المقدسي والفتح والمنبع فظهر ان صاحب المحيط لم يسه وان ظن بسهوه صاحب التبيين وتبعه بعض المتأخرين على انه يمكن ان يكون كلام صاحب المحيط على الاتفاق بناء على ان طرف النساء نصف النصاب وان كثرن ولا يظهر قيام كل امرأتين مقام رجل مالم ترجع

واحدة اثنتين اوكلهن فمادام شطر النصاب باقيا من طرفهن لم يضمن الراجع منهن تدبر (قوله فصار كالوشهد) اى صار شهادتهن مع رجل ثم رجوع الكل كشهادة ستة رجال ثم رجوعهم وصار مثل هذا كثير فى هذا الكتاب وضمير اسمه راجع الى مضمون الكلام السابق تدبر (قوله وضمن رجلان شهدا مع امرأة فرجعوا) يريد به ان كل امرأة لاتقوم مقام نصف رجل عند الاختلاط عند الامام مالم يوجد التعدد من طرف النساء فاذا وجد تقرر ذلك فلو شهد رجل وثلث نسوة ثم رجع رجل وامرأة فالنصف بينهما اثلاثا على قياس قول ابى حنيفة ولاشئ عليها على قياس قولهما كما فى الفتح و المنبع (قوله اى سواء شهد عليها اوعليه) يعنى سواء كان المدعى زوجا اوزوجة وكل من الصورتين يشمل ثلثة وجوه باعتبار قلة المسمى اوكثرته من مهر المثل اوتساويهما فيعم عدم الضمان جميع الوجوه الستة والاستثناء الآتى وهو قوله الامازاد على مهر مثلها من جملة وجوه كون المرأة مدعية فيكون مخصوصا ببعض وجوه احدى صورتى المستثنى منه وذا غير مستغرب فى كلامهم الا ان زيادة مسمى على مهر مثلها كما يوجد فى صورة كون المرأة مدعية توجد فى صورة كون الرجل مدعيا وهى غير مضمونة للراجع فى تلك الصورة فيشتبه الامر ولذلك قيد المستثنى فى الاصلاح بقوله والدعوى منها اذلابد منه كما لايخفى (قوله سواء كان المسمى مهر مثلها اواقل اواكثر) اما فى صورة المماثلة فظاهر انه لايضمن لتساوى العوض مع البضع التألف واما فى صورة كون المسمى اكثر فاظهر فى عدم الضمان لان العوض اكثر من التألف فلما كان عدم الضمان ظاهرا واظهر فى الصورتين المذكورتين ترك تعليلهما واما عدم الضمان فى صورة كونه اقل من مهر مثلها فقد صار محل اشتباه ولذلك علل بقوله لانهما وان اتلفا الخ وانت خبير بان اللايق ان يؤخر قوله اواقل من قوله اواكثر ليليه تعليله ثم عدم الضمان فى صورة كونه اقل بالاتلاف عند ائمتنا على ماهو المذكور فى المبسوط والهداية وهو المعروف وعليه صاحب النهاية وغيره من الشراح كما فى فتح القدير وهو الصحيح كما فى المنبع والمذكور فى المنظومة انما هو قول ابى يوسف واما عند ابى حنيفة ومحمد فالراجع يضمن النقصان واختاره فى المجمع واشار فى المسئلة بمهر المثل الى ان هذا فيما اذا لم يطلقها بعد الدخول اوطلقها بعده اما اذا طلقها قبل الدخول لايضمنان لها شيئا بالاتفاق كما فى الحقايق وبالنكاح الى انه لوادعى بقبض المهر كلا او بعضا وشهدا عليها به ثم رجعا بعد القضاء ضمناه لها لانهما اتلفا عليها مالا دون البضع كما فى البحر (قوله الاصل ان المشهود به) هذا الاصل مذكور فى الكافى وغيره قد شمل جميع انواع هذا الباب قد ذكر المصنف بعضها وهو الدين والنكاح والقصاص والبيع والطلاق والعتاق وشهود الفرع والمزكى وشاهد اليمين وقد فات البعض وهو الهبة والابراء والاستيفاء والتأجيل والحد والنسب والولاء والكتابة والتدبير وامومية الولد والاقالة والخلع والنفقة والدخول والوكالة والرهن والاجارة والمضاربة والشركة والشفعة والميراث والوصية والوديعة والعارية فبعض منها يدخل فيما ذكره المصنف ان شاء الله تعالى وبعضها لايدخل وان دخل فى هذا الاصل هذا زبدة مافى المحيط والفتح والبحر والتفصيل فيها (قوله فى البيع الامازاد) اراد به الشراء والبيع من الاضداد يراد فى المعطوف عليه البيع نفسه بقرينة ما لحق به وفى المعطوف الشراء بقرينة ما لحق به ايضا ولم يذكر هذه المسئلة فى اكثر المتون ولله در المصنف رحمه الله حيث ذكرها لانها لاتقبل الدرج فى الاولى لان المضمون مازاد على القيمة هنا على عكس مافى الاولى ثم لافرق بين ان يكون البيع

اوالشراء باتا اوفيه خيار للبائع اوللمشترى و باقى التفصيل فى المبسوط والكافى هذا ولكن لك
ان تقول لاحاجة لايراد هذه المسئلة وان لم يدخل فى الاولى لانها داخلة فى مسئلة الدين لما ان
مقصود البائع من دعوى البيع توطئة الى دعوى الثمن وهو الدين وهو مطلوبه لانفس المبيع بخلاف
ما اذا كان الدعوى من جانب المشترى فان مطلوبه عين المبيع اصالة دون الثمن فيكون
شهادتهما متعلقة بالبيع قصدا الابالدين فظهران تدقيق صدر الشريعة وان تبعه المصنف
دقيق لمن لم يتأمل نص عليه صاحب المفاتيح (قوله ثم رجعا يضمنان للبائع) اى يضمنان
الفا وكانه ساقط من قلم الناسخ وضمير اتلافه راجع اليه و قوله بكذا اى بالغبن وعليه مقتضى
التصوير وقوله وهو يساوى الفاجملة حالية قول المصنف من مفعول شهد (قوله قبل الوطئ)
وكذا الخلوة لانها كالوطئ فى ايجاب المهر فيراد بالوطئ وطئا حقيقة اوحكما (قوله الانصف
مهرها) اى يضمن الراجع الزوج نصف المهر اذا وجد المسمى كما هو الظاهر و يضمن المتعة
لو لم يوجد واطلق الضمان فشمل انه لورجعا بعد موت الزوج يضمنان نصف المهر اوالمتعة
لورثة الزوج لانهم قائمون مقامه و لم ترث المرأة لانها حكم عليها بالبينونة فى حال حيوة الزوج
ولوشهدا بعدموت الزوج بالتطليق قبل الدخول بهاثم رجعا فلايضمنان اورثتد لان الشهادة وقعت
لهم و يضمنان للمرأة نصف المهر والميراث والنصف الآخر لهامن تركته كما فى الشروح ومن هذا
النوع شهادة بالدخول والخلع والنفقة ففى الدخول لوشهدابه ثم رجعا ضمنا للزوج نصف المهر
وفى الخلع لوشهدا على خلعها من زوجها قبل الدخول او بعده على انها ابرأته من المهر وهى
منكرة ثم رجعا ضمنا نصف المهر لها فى الصورة الاولى وكله فى الثانية وفى النفقة لوشهدا باستيفاء
نفقتها المفروضة وقضى ثم رجعا ضمنا ها للمرأة وكذا نفقة الاقارب والكل فى المحيط (قوله
وضمن) اى الراجع معسرا كان اوموسرا لان ضمان الاتلاف لايختلف باختلافهما وافراد
الضمير لايقدح لان الاعتبار انما هو للباقى وقد سبق فلايذهب الى الوهم ان الراجع الواحد
يضمن الكل والولاء للمعتق فلايتحول الى الشاهد بها الضمان كما فى الكافى ومن هذا النوع
التدبير والكتابة والاستيلاد والولاء وتمامه فى المفصلات (قوله يجب الدية) اى دية
المشهود عليه على الشاهدين بل على عاقلتهما كما فى الفتح هذا اذا لم يرجع الولى
معهما واما اذا رجعوا اوجاء المشهود بقتله حيافولى المقتص عليه مخير بين تضمين الولى الشاهدين
وايهما ضمن لايرجع على صاحبه عند ابى حنيفة ولهما الرجوع عليه عندهما لانهما عاملان له
واتفقوا على رجوعهما عليه فى الخطأ كما فى التبيين والضمان فى مالهما الاان والشهادة بمنزلة الاقرار
والعاقلة لاتعقل الاتلاف بالاقرار كما فى المنبع وذكر فى السراجية الدية التى يكون على الشاهدين
فحينئذ تكون فى مالهما فى ثلث سنين ولا كفارة عليهما ولايحرمان الميراث فظهران مافى الفتح
ضعيف بل خلاف صواب واطلق القصاص فشمل النفس وما دونها واشار بقيد القصاص
الى انه لوشهدا بالعفو عن القصاص ثم رجعالم يضمن فى ظاهر الرواية لان القصاص ليس بمال
الايرى ان ولى القصاص لومريضا فعفا ثم مات من مرضه ذلك لايعتبر من الثلث ولو كان
مالا لاعتبر منه وعن ابى يوسف يضمنان الدية وصاحب المنبع نقل رجحان ظاهر الرواية (قوله
لانهم لم يرجعوا) الظاهر الموافق للمتن لانه لم يرجع عن شهادته وهكذا فى سائر الضمائر الاان اللام
فى الفرع للجنس فيطلق على الواحد والكثير كما فى قوله تعالى رب انى وهن العظم منى فيستقيم
الجمع وقوله بل شهدوا على غيرهم بالرجوع لم يقل بانهم كذبوا لان قولهم كذب شهود الاصل

اوغلطوا لايعرف ذلك الا باقرار شهود الاصل فكانوا شاهدين على رجوع شهود الاصل كما فى فوائد رشيد الدين (قوله اذلم يوجد) تعليل لعدم الضمان وقوله لانكارهم الخ تعليل للتعليل السابق وقوله ولابد منه جملة حالية والضمير المجرور للتحميل لانه هو الشرط (قوله وغلطت) اشار به الى انه لوقال رجعت فالحكم كذلك عندهم على الاختلاف بالطريق الاولى واذ الغلط يستلزم الرجوع دون العكس كما لايخفى (قوله لان الفروع نقلوا) اى نيابة وهو المصرح به فى أكثر الشروح وفى المسئلة الآتية ومن ذلك رجحوا قولهما على قوله بانهم لوكانوا نائبين عنهم فى الشهادة لما كان لهم ذلك بعد المنع ثم الخلاف فى هذه المسئلة فى لا انكار الاشهاد وعدم الضمان فيه اتفاق لانهم لم يرجعوا بل انكروا التحميل كما فى الشروح (قوله لان القضاء وقع بشهادة الفروع من حيث) اشار به الى انه لاتجانس بين شهادتى الفريقين فيجعل كل منهما كالفريق المنفرد من ذلك لم يجمع بينهما فى التضمين واى ضمن لم يرجع على الآخر كما فى الشروح واعترض عليه بان الفروع مضطرون بالاداء بعد التحمل يأثمون بالامتناع ولاعلم لهم بحال الاصول فكان ينبغى ان لايضمنوا الا اذا علموا انهم غير محقين وشهدوا ثم رجعوا وايضا انهم لواعترفوا بعدم التحميل ورجعوا بناء على ذلك ينبغى ان يضمنوا وان قالوا رجعنا تبعا للاصول لانهم رجعوا عما حملونا ونحن تبعناهم ينبغى ان لايضمنوا اقول الجواب عن الاول ان الحكم اضاف الى شهادة الفروع وظاهر حالهم انهم محقون فيها فاللازم عليهم ان لايرجعوا سواء رجع اصولهم اولم يرجعوا فلما رجعوا توجه الضمان اليهم فلاخفاء فيه وعن الثانى بان التعارض وقع بين خبرى الاصول وقد قوى خبرهم الاول باتصال القضاء اليه بوساطة اداء الفروع اياه على طريق الشهادة فظاهر حالهم ان لايتبعوا خبرهم الثانى مع انه خلاف الظاهر وانه ضعيف تدبر (قوله وضمن المزكى بالرجوع) هذا الاختلاف فيما اذا قال تعمدت اوعلمت ان الشاهد عبد ومع ذلك زكيته اما اذا قال اخطأت فى التزكية فلاضمان اتفاقا كما فى الجامع الصغير لقاضيخان وقيل الاختلاف فيما اذا اخبر بحرية الشاهد وعدالته اما اذا قال هو عدل فبان عبدا لاضمان اجماعا لان العبد قد يكون عدلا كما فى البحر الرائق وغيره واطلق الضمان فشمل الحق والدية لما فى السراجية ان المشهود به لوكان زنا فاذا الشهود عبيدا وكفرة فالدية على المزكين لوقالوا علمنا انهم عبيد ومع ذلك زكيناهم بخلاف مالوزعموا انهم احرار فلا ضمان عليهم ولاعلى الشهود ولاحد على الشهود لانهم قذفوا حيا وقد مات ولايورث عنه وقالا الدية على بيت المال انتهى (قوله لاشاهد الاحصان) افرده بالذكر مع انه داخل فى الشرط على مانص عليه بقوله انه شرط محض لمكان الاختلاف فيه انه شرط اوعلامة واشار بما فى شرحه ان المختار كونه شرطا ثم الشرط هو مايتعلق الوجود عليه دون الوجوب والعلامة هى مايعرف الوجود به من غير تعلق وجوب ولاوجود به ونص فخر الاسلام وابو زيد وشمس الائمة على ان الاحصان علامة لاشرط وائتوا مدعاهم بوجهين وذهب المتقدمون من اصحابنا وعامة المتأخرين انه شرط لاعلامة بدليل ان وجوب الحد يتوقف عليه بلا عقلية تأثيرله فى الحكم ولاافضاء اليه وهذا شان الشرط واختاره المحقق ابن الهمام فى تحريره ونصره واجاب عن الوجهين بما لامزيد عليه هذا ثم كونه شرطا محضا انما هو بالنسبة الى التزكية لمقابلته بها تدبر (قوله ورجع الفريقان بعد الحكم) قيد به لانه لورجع شهود الشرط وحدهم يضمنون عند البعض مال اليه فخر الاسلام البزدوى والصحيح انهم لايضمنون بحال نص عليه فى الزيادات واليه مال شمس الائمة السرخسى

وصدر الاسلام ابواليسر وذكر فى كشف البزدوى انه اذارجع شهود الشرط يضمنون عند
زفر ولايضمنون عند علمائنا الثلثة وعليه اطلاق المتن والتصوير ببعض بحمله لايخصصه
كما لايخفى فدع قمع شهد شهد على اقرار رجل بدين فقال المشهود عليه اتشهد ان هذا القدر
على الآن فقال لاادرى آهو على الآن ام لا لاتقبل شهادته وعن السائلى اقام بينة على رجل انه
اقران له عليه ثلثة كرباس من التى تسمى هرويا اومرويا تقبل بخلاف البينة على الكرباس
بلاوصف (طم) شاهدان شهدا بمال ثم دعاهما القاضى اى المدعى والمدعى عليه الى الصلح
فاصطلحا على بعضه ثم رجع احد الشاهدين لايضمن لانه لم يقض بشهادتهما كما فى القنية
وحاوى المنية ﴿ كتاب الصلح ﴾ (قوله ولا للمدعى شاهد فحينئذ يبقى بينهما
خصومة لاتدفع الابالصلح) قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما
ومن ذلك كان الصلح عن انكار غالبا واغلب من الصلح عن اقرار سيما عن صلح بعد اقامة بينة
فظهر به حسن بناء الارتباط لماقبله على الوجه الاغلب بل الاحتياج الى الصلح من حيث
هوهو انماهو فى هذا النوع اشار اليه بقوله وانما يصار اليه الخ ولله در المصنف فى التحقيق ومن
قصر نظره حمل المصنف على نسيانه الصلح عن اقرار وصلحا بعد اقامة البينة (قوله واصله
من الصلاح) وهوضد الفساد كما فى القاموس وعليه الاستعمال من الصلح والصلاح وهذا الاصل
يدل على حسنه الذاتى وقوله اسم بمعنى المصالحة ولذلك يذكر باعتبار لفظه و يؤنث باعتبار معناها
(قوله عقد يرفع النزاع) اى المقصود منه دفع النزاع فلا يرد هبة الدين ممن عليه وابراء عن دعوى
الباقى بعد اخذ بعض الاعيان بعد المطالبة والدعوى فان كلا منهما يرفع النزاع ولكن المقصود
الاصلى منه ليس رفع النزاع مطلقا على ان ذلك ليس بعقد ولذلك لم يحتج الى القبول بل يتم
باسقاط المسقط ولايلزم من كون المقصود منه ذلك صحة الصلح اذالتعريف اعم منه كما ان
الصلح اعم فيشمل الصلح الصحيح والفاسد ولذلك لم يقيده بان يقول بعد دعوى صحيحة فان فى الصلح
عن انكار بعد الدعوى الفاسدة اختلاف المشايخ (قوله وركنه الايجاب والقبول) اطلقهما
فشمل ان ركنه ذلك سواء كان الصلح فيما يتعين بالتعيين اولا يتعين اما فى الاول فظاهر واما
فى الثانى فانه اذا وقع الدعوى فى الدراهم والدنانير وطلب المدعى عليه الصلح على قدر من ذلك
الجنس وقال المدعى فعلت بعد ذلك الطلب منه ايجابا وقول المدعى قبولا لان قوله ايجاب
من غير حاجة الى القبول لانه اسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط كما سبق فى كتاب البيع والنكاح
ان قول احد العاقدين بعنى هذا وزوجنى هذه اذاقارن النية يعد ايجابا وكذلك هنا لان طلب
المدعى عليه انما يكون بلفظ مستقبل مقارن للنية الحالية على ان الاسقاط لم يختص بما لايتعين
بل قد يكون فيما يتعين ايضا بالابراء عن دعوى الباقى وقد سبق الاشارة اليه وسيجئ هذا (قوله
بان يقول المدعى عليه) اشار به الى ان كلا من الايجاب والقبول على ماهو موضوع له وانه متنوع
لتنوع الصلح (قوله فلايصح صلح المجنون وصبى لايعقل) وكذا لايصح صلح المعتوه والنائم
والمبرسم والمدهوش والمغمى عليه اذليس لهم قصد شرعى فلا يكون منهم عقد شرعى
وخص بذكرهما لكونهما منصوصا عليهما بعدم جريان الاحكام الفرعية عليهما فيدخل حكم
هؤلاء فى حكمهما بالدلالة او بالقياس لان حالهم كحالهما بل اشد تارة صرح به فى الفصول
واما السكران فلايدخل فيهم لانه مخاطب زجراله وتشديدا عليه لزوال عقله بمحرم ولذلك
قال فى منية المفتى صلح السكران جائز اقول قد سبق فى كتاب الطلاق ان وقوع طلاق السكران

انما هو عند اكثر ائمتنا واما الكرخي والطحاوي ومحمد بن سلام قالوا بعدم وقوعه فعلى هذا ينبغي ان لا يصح صلحه عندهم كما لا يخفى (قوله فصح من الصبي المأذون) هذا هو الموافق لما سبق في كتاب المأذون صح كل تجارة منه الخ والصلح عند عدم البينة للمأذون من نوع التجارة اطلق الصحة فشملت ما لو كان المأذون مدعيا كما صور به في الشرح ومدعا عليه كما لو ادعى رجل عليه شيئا وله بينة عادلة جازله الصلح الى ان يبلغ البدل الى قدر المدعى به لو دينا والى قيمته لو عينا بل الى زائد يتغابن الناس فيه واشار بقيد الاذن فيه الى انه اذا كان محجورا لم يصح منه الصلح بل انما يصح له الصلح من ابيه او جده او وصيه على مال الصغير ان كانت بينة المدعى عادلة والا لم يصح منهم على ما فصل في البزازية وغيره هذا ومن شرح كلام المصنف بما فيها فقد خبط خبط عشواء حيث ابطل مقتضى الاذن وكانه نسي كتاب المأذون (قوله ومن المكاتب) وكذا من المعتوه المأذون فانه ايضا نظير العبد المأذون على ما سبق وقوله فادعى رجل عليه دينا كان في زمن كتابته الا ان الصلح واقع بعد العجز هذا هو المراد فحينئذ لا يكون الشرط الثاني مستغنى عنه وقيد به لانه لو كان للمدعي بينة صلح المحجور لا من حيث انه محجور بل من حيث ان دينه دين في زمن كتابته تدبر (قوله حقا للمصالح) اراد به حقا يجوز الاعتياض عنه ولو غير مال فيدخل فيه التعزير والقصاص وبتنكير حق اشار الى انه اعم من ان يكون معلوما او مجهولا وقوله فلا علك الاعتياض اى اخذ العوض عن حق غيرها لاسقاط ذلك الحق مع ان هذا الحق لا يقبل الاعتياض فلا يصح الصلح عنه ولو كان المدعى هو الولد كما يرجع اليه ما في غاية البيان (قوله صبيا في يده) التقييد بانه في يده اتفاقي اذ الحكم كذلك اذا كان في يدها كما وقعت العبارة هكذا في العناية والبيانية وكذا جحده اعم من ان يجحد انه ابنه مطلقا او انه ابنه منها تدبر (قوله بطل) اى الصلح عن براءة من الكفالة بالنفس واختلفت الرواية في بطلان الكفالة كما في الكافي والاصح بطلانها كما في منية المفتي وبه يفتى كما في العناية والبيانية (قوله كذا الصلح من الشفعة) اى بطل هذا الصلح ايضا اطلقه وهو على ثلثة اوجه ان يصالح على دراهم معلومة على ان يسلم الدار للمشتري وان يصالح على بيت معين منها بحصته من الثمن وان يصالح على نصف الدار بنصف الثمن ففي الاولين يبطل الصلح وكذا الشفعة في الاول ويصح الصلح في الثالث والشفعة لا تبطل فيه وفي الثاني كما في المبسوط وغيره فظهر ان المراد بقوله على شئ دراهم معلومة ونحوها (قوله ولو صالح عن حد بطل) اطلقه فشمل حد الزنا الخ وحد القذف واللعان لانه خلفه وفي الاخيرين حق العبد ولكن ليس بثابت لانه لما غلب التحق بالعدم فبهذا الاشتمال لو ذكر الصلح عن حد من التفريع الثاني فله وجه كما ناسب باشتماله على حد الزنا الخ ان يذكر من التفريع الاول ولكل وجهة الا ان الاوجه ان يذكر تفريعا على القيد الثالث كما فعله المصنف ودعوى اغناء قيد في الضابط الكلي عن هذا التفريع ساقطة اذ من شان الضابط اشتماله على المتفرعات اجمالا على طريق الثبوت او النفي وكون المتفرعات تفصيلا وبيانا له كما لا يخفى والمراد بالبطلان ان يرد ما اخذ منه وله ان يرفعه الى ولي الامر وهو السلطان او وكيله اذ المراد بالصلح العفو وهذه الحدود لا تقبله اما بعد الرفع فظاهر واما قبل الرفع ففي مثل الزنا كذلك ولكن لو صالح في حد القذف واللعان فالصلح باطل سواء كان قبل الرفع او بعده الا ان الحد واللعان يسقطان لو كان قبل الرفع صرح به في الشروح (قوله ولا يجوز الصلح من حقوقه تعالى) الاصل فيه ان الاعتياض عن حق الغير لا يجوز والحدود المشروعة لما كانت

حقا لله تعالى خالصا اوغالبا فلايجوزلاحد ان يصالح على شئ فى حق الله تعالى والمراد من حق الله تعالى مايتعلق به النفع العام لاهل العالم فلايختص به احد كحرمة الزنا فان نفعه عائد الى جميع اهل العالم وهوسلامة انسابهم وصيانة فرشهم وارتفاع السيف بين العشائر بسبب التنازع بين الزناة ولذلك لايباح الزنا باباحة المرأة اواهلها وانما نسب الى الله تعالى مع ان النفع عائد الى العباد تعظيما لانه متعال عن ان ينتفع بشئ ولايجوز ان يكون حقا له بجهة التخليق لان الكل سواء فى ذلك كذا فى شرح المنار لجلال الدين التبانى (قوله لانه ايضا حق العبد) وفيه ايضا حق الله تعالى الا ان حق العبد فيه غالب بالاجماع وقد سبق ان المغلوب ملحق بالمعدوم شرعا ولذلك جرى فيه الصلح والارث والعفو (قوله كونه مالا معلوما) بذكر المقدار فى مثل الدراهم فيحمل على النقد الغالب فى البلد وبذكر المقدار والصفة فى نحو بر ومكان التسليم ايضا عند ابى حنيفة وبالاجل ايضا فى نحو ثوب وباشارة وتعيين فى نحو حيوان كما فى العمادية لان جهالة البدل تفضى الى المنازعة فيفسد الصلح كما فى منح الغفار (قوله الاصل فى هذا الفصل) اتيان هذا الاصل بعد قوله صح عن دعوى المال والمنفعة او بعد قوله الاول كبيع الخ انسب من هنا لان المذكور ثمة مايجوز عنه الصلح وما لايجوز من انواعه الدائرة على هذا الاصل بخلاف الشروط الثلثة السابقة فان الشرط الاول قد نص فيه انه عام فى جميع التصرفات الشرعية والشرط الثانى لم يكن دائرا على هذا الاصل فبقى الشرط الثالث ودورانه عليه انما هو فى بعض انواعه فبهذه المناسبة ذكره هنا تدبر ثم المراد بهذا الاصل ارجاع عقود الصلح الى العقود المعهودة تصحيحا بقدر الامكان فلايلزم من هذا عدم صحة صلح لم يظهر رجوعه الى عقد منها كصلح على ترك دعوى جناية العمد من الجانبين فانه قد يصح بوجه آخر صيانة لتصرف العقلاء عن الالغاء بقدر الامكان كذا افاده المولى زكريا فى تكملته (قوله عن الخمر) هكذا فى اكثر النسخ وفى بعض على الخمر فكلاهما صحيحان (قوله اومنفعة) عطف على قوله مالا فيكون فى قوة منفعة معلومة اشار اليه فى الشروح وايضا كون الصلح على منفعة فى معنى الاجارة يقتضى نفعا الى وقت معلوم اذ الملحق فى حكم الملحق به مهما امكن هذا اذا علم بالتوقيت والا فلاحاجة الى التوقيت كصلح وقع على نقل شئ او ركوب دابة من هنا الى ثمه وقيد بخدمة العبد اذ لو وقع على غلته شهرا لايجوز الصلح كما فى الخلاصة وقوله قبله بكسر القاف وفتح الباء نصب على نزع الخافض اى من جانب المدعى والحانوت الدكان (قوله وحكمه) اى حكم الصلح بعد الصحة وقوع براءة المدعى عليه عن دعوى المدعى مالم يعرض مبطل كاستحقاق البدل اطلقه فشمل ان حكمه ذلك فى انواعه الثلثة حتى لوانكر فصالح ثم اقر لايلزمه مااقر به وكذا لو برهن بعد صلحه لايقبل ولو برهن على اقرار المدعى انه لاحق له من قبله قبل الصلح اوقبل قبض البدل لايصح الصلح كصلح بعد الحلف فانه لايصح عند الشيخين خلافا لمحمد وصلح مودع يدعى الاستهلاك مع المودع يدعى الضياع فانه لايصح عند الطرفين خلافا لابى يوسف كما فى المقدسى (قوله امابإقرار) اطلقه فشمل مايكون حقيقة وصريحا او حكما كطلب الصلح والابراء عن المال او الحق فيرجع اليه فى البيان كما فى المحيط وفيه تفصيل لطيف (قوله فالظاهر العموم) لانه خرج مخرج التعليل لماسبق ذكره وهو نفى الجناح فكانه قال والله تعالى اعلم فلاجناح عليهما لان الصلح بجميع انواعه خير ونظيره قوله تعالى والله يعلم المفسد من المصلح اى جميع المفسدين والمصلحين كما فى المنبع والعلة لاتتقيد بمحل

الحكم الذى وجدت فيه بل انما وجدت يتبعها حكمها كما فى تكملة الديرى و مايقال انه لوكان
تعليلا اتى بالفاء مدفوع بانه لبس المقصود انه تعليل لاشارة له على اداته بل المراد انه فى معنى التعليل
كانه قال صالحوا لان الصلح خير وقال فى غاية البيان وهو المفهوم من لسان العرب كما يقال صل
والصلوة خير على ان الواو فى مثله تعليلية وهى مستفيضة كما لايخفى على من تدرب (قوله كبيع
هذا) اذا وقع الصلح على خلاف جنس المدعى اما ان وقع على جنسه باقل من المدعى فهو
حط وابراء وعلى مثله فقبض واستيفاء وعلى الاكثر فربوا على ماسيجئ وقوله فى احكامه الضمير
المجرور عائد الى الصلح لاالبيع والمعنى ان الصلح باقرار فى احكامه كبيع فى كونه مبادلة مال بمال
فالظاهر ان يقدم قوله فى احكامه على قوله كبيع حتى لايتشوش الكلام فى ارجاع الضمير ووجدان
وجه التشبيه كمالايخفى (قوله وهى الشفعة) و فساد الصلح بجهالة الاجل فى تسليم البدل
وشرط القدرة على تسليم البدل كما فى الكافى و بطلانه لوتفرقا قبل قبض البدل او وقع على دراهم
بعد دعوى دنانير لان الصرف من انواع البيع والاصل فى الصلح ان يلحق بمايشبهه من العقود
كما فى المقدسى (قوله والرد بعيب) اطلقه وهو المراد فى الاقرار قال الطحاوى فى الاقرار يرد
بيسير وفاحش وفى الانكار بالفاحش كخلع ومهر و بدل صلح عن دم عمد وقوله وخيار رؤية
حيث ان له ان يرد البدل اذا رآه وكان لم يره وقت العقد و قوله و خيار شرط اى ثلثة ايام
ويبطل الصلح بالرد باحد هذه الخيارات كما فى المنبع (قوله يعنى اذا ادعى زيد) هذا التصوير
لبس كما ينبغى بل الصحيح ان يقال يعنى اذا ادعى زيد على بكر دارا وصالح بكر على الف فاستحقت
الدار كلها او بعضها الخ والتفصيل اولا بقوله وصالح بكر فى الاول على الف و فى الثانى على
خمسمائة مستغنى عنه بل هو مخل تدبر (قوله رجع المدعى بالمدعى) اطلقه ولكن هذا اذا كان
بدل الصلح عينا ولم يجز المستحق الصلح فان اجاز سلم العين للمدعى ورجع المستحق بقيمته على
المدعى عليه ان كان من ذوات القيم وان كان بدل الصلح دينا كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون
بغير اعيانهما او ثياب موصوفة مؤجلة لايبطل الصلح بالاستحقاق ولكنه يرجع بمثله لانه
بالاستحقاق بطل الاستيفاء فصار كانه لم يستوف بعد كما فى شرح الطحاوى والجلالية (قوله
فشرط التوقيت فيه) اى فى الصلح عن مال بمنفعة اى فيما احتاج اليه كخدمة العبد و سكنى
الدار بخلاف صبغ الثوب و ركوب الدابة و حمل الطعام فالشرط فيه بيان قدر تلك المنفعة
فقط واشار بالتوقيت الى انه لوقال ابدا او حتى يموت يبطل كما فى العناية (قوله و بطل بموت
احدهما) وكذا بفوت محل المنفعة قبل الاستيفاء و لو قبض بعضه اذا استوفاه بطل فيمابقى
فيرجع بقدره هذا عند محمد وهو القياس وقال ابو يوسف ان مات المدعى عليه لايبطل الصلح
والمدعى يستوفيه و ان مات المدعى فكذلك فى خدمة العبد وسكنى الدار دون ركوب
الدابة ولبس الثوب فان الناس يتفاوتون فيهما فلا يقوم الوارث مقام المورث كما فى الكافى
وغيره واطلق الموت فشمل الحكمى وهو لحاق المرتد بدار الحرب وقد قضى القاضى بلحاقه
يبطل صلحه عند ابى حنيفة كما فى البدايع ومن انواع بطلان الصلح الاقالة فيماسوى القصاص
لانه اسقاط محض لايقبل الفسخ كالطلاق ونحوه كما فى المنبع (قوله وفداء يمين وقطع نزاع
فى حق الاخر) اشار به الى انه اذا ادعى عليه مالا فانكر وحلف ثم ادعى المدعى عند قاض
آخر فانكر فصولح لايصح الصلح كما فى الاسرار وهكذا فى نكت البرازى وروى محمد عن ابى حنيفة
انه يصح ووجه عدم الصحة ان اليمين بدل عن المدعى فاذا حلفه فقد استوفى البدل فلايصح

كما في القنية ولان فيه قطع النزاع مالم يبرهن اقول ظاهره على رجحان عدم الصحة واما وجه الصحة فهو قيام النزاع والخصومة ولذا تسمع البينة على ان في الصحة قطع النزاع بالكلية فترجح كما هو الاليق وعليه كلام المحيط وهو المعتمد صرح به صاحب المعين وكان الدين الاسود تدبر (قوله لان فيه) اى في حمل السكوت على الانكار دعوى تفريغ الذمة ولان كون السكوت اقرارا في البكر البالغ ثابت على خلاف القياس فلا يحمل هذا عليه (قوله فلا شفعة) هذا تفريع مبنى على زعم المدعى عليه كما ان ويجب الخ تفريع مبنى على زعم المدعى ومافرع صاحب البحر الرائق انه بطل الصلح على دراهم بعد دعوى دراهم اذا تفرقا قبل القبض مبنى على زعم المدعى ولكن يسرى البطلان فيقع عنهما هذا اذا صولح عن دراهم غير دين اما اذا وقع عن دراهم دين على دراهم وافترقا قبل قبضها جاز الصلح سواء كان باقرار او بانكار كما في البزازية (قوله ويجب) اى الشفعة فيما اذا ادعى على رجل عينا اودينا فانكر اوسكت فصالحه عنه على دار وقبضها كما في التنوير وغيره وقوله فيعامل اى يؤاخذ وقوله والاقرار ههنا مثلهما والظاهر وهما مثل الاقرار ههنا وهو الموافق للسوق وللأخذ وهو الكافي (قوله يرد المدعى البدل) اى على المدعى عليه قيد برده اذ لوكان البدل في يد المدعى عليه بان صالح المدعى باخذ المدعى ودفع شئ للمدعى عليه فاستحق المدعى لم يرجع عليه بذلك الشئ لان دفعه اختيارى لا اضطرارى فلا يسترد كما في الشروح (قوله لم يحصل له مقصوده) وهو دفع الخصومة وبقاء المدعى في اليد وقوله و يظهر عطف على لم يحصل وقوله ايضا اى كما لم يحصل له مقصوده وفي التبيين وتبين ايضا والماضى والمضارع لا فرق بينهما في مثله كما لا يخفى (قوله رجع الى الدعوى في كله) الا اذا كان البدل مما لا يتعين بالتعيين وهو من جنس المدعى فيرجع بمثله ولا يبطل الصلح سواء كان الاستحقاق بعد الافتراق اوقبله كما لو وجد البدل ستوقة او نبهرجة بخلاف مالو كان غير جنسه كصلح عن دراهم على دنانير او على العكس فاستحق بعد الافتراق بطل الصلح وقبل الافتراق يرجع عليه بمثله ولا يبطل كما في الظهيرية وغيرها وكذا لو الدين حنطة فصالح على الشعير ثم استحق الشعير بعد الافتراق بطل الصلح كما في منية المفتى وكذا لوكان المدعى المبدل مما لا يقبل النقض فحينئذ يرجع الى قيمة البدل كما في القصاص والعتق والنكاح والخلع حيث امتنع نقض كل منها فوجب قيمة البدل ترجيحا له على المدعى اذ البدل مال والمدعى ليس بمال وتمام تحقيق هذا المحل في شروح الجامع الكبير التنوير وتحفة الحريص والتخليص (قوله رجع بالمبدل) اى رجع المدعى الى حقه بالدعوى هذا هو المراد اشار اليه بتعدية رجع الباء ودفع به مساهلة مافي المتن انه يشعر ان الاعتياض بالدعوى وليس كذلك بل الاعتياض انما يصح عن المال اومافي حكمه وتعديته بعلى في قوله فيرجع عليه ان الجار والمجرور قائم مقام الفاعل اى يرجع المدعى عليه الى حقه الذى وجب على المدعى رده ثم لوكان البدل دارا وقد بنى المدعى فيها بناء واقام المستحق بينة اوحلفه فنكل عن اليمين فللمدعى ان يرجع على المدعى عليه بقيمة بنائه فيها كما يرجع المشترى ولو بشراء فاسد بقيمة بنائه على البائع لتحقق التغرير فيهما والمسئلة كانت واقعة الفتوى بسمرقند وباقى التفصيل في الفصل السابع من فصول الاستروشنى والبزازية في السادس عشر من الدعوى (قوله بعد الهلاك) اى هلاك البدل وقوله وان كان عن انكار ولم يذكر ما كان عن سكوت لانه في معناه (قوله على بعض مايدعيه) قيد به لانه اذا وقع الصلح على بيت من دار اخرى مثلا صح الصلح باتفاق

الروايات وماذكره المصنف رواية ابن سماعة عن محمد واختارها الامام نجم الدين النسفى فى شرح الكافى وبها كان يفتى الشيخ ظهير الدين المرغينانى والصلح على بعض عين معين من المدعى صحيح فى ظاهر الرواية من غير حيلة واختاره شيخ الاسلام خواهر زاده فى شرحه وجه ظاهر الرواية ان الابراء لاقى عينا ودعوى والابراء عن العين وان لم يصح الا ان الابراء عن دعوى العين صحيح حتى لو ادعى بعد ذلك لا تسمع كما فى الذخيرة والمحيط وغيرهما وقولهم واتفقت الروايات ان المدعى عليه لو اقر بالدار للمدعى انه يؤمر بتسليم الدار اليه يقتضى ان هذا الاختلاف فى صلح عن انكار والكلام فى الكفاية على ان لا فرق بين قوله برأت وابرأت صرح به المقدسى وعليه كلام المصنف واطلق البعض واراد به بعض العين اذ الصلح فى دعوى الدين على بعض الدين يصح ولا يسمع دعواه بعد ذلك على الباقى كما فى البرجندى على ان الديون تقضى بامثالها فلا يكون الصلح بمائة عن الف دين صلحا على بعض ما يدعيه تدبر (قوله لان الابراء عن دعوى العين جائز) وانت خبير بان هذا التعليل عام فيشمل ان هذا الابراء جائز سواء كان فى ضمن الصلح اولا كما هو شان التعليل وما ذكر فى العدة ان المتداعيين لو تصالحا وكتب الصك وفيه ابراء كل منهما الآخر عن الدعوى فظهر ان الصلح فاسد والمختار انه يرجع فى دعواه ولا يصح الابراء السابق لانه ابرأ فى ضمن صلح فاسد فلا يعمل به لم يخالف ما ذكر هنا كما ظن لان فساد الصلح يقتضى فساد ما يبتنى عليه اذ المراد ثمه فساد لم يصلحه الابراء كما لا يخفى ثم اطلاق جواز هذا الابراء بناء على ان لا فرق بين الابراء والبراءة واما من فرق بينهما فيجعل جوازه مقيدا بعدم الخصومة فى حق المدعى عليه المخاطب فله ان يخاصم فى الدار المدعى بها بعد ذلك على غير المخاطب كما فى العناية معزيا الى الواقعات هذا اذا قال المدعى المصالح اخذت هذا البعض وابرأتك عن خصومتى فى الباقى كما هو ظاهر المتن واما لو قال برئت او انا برئ من دعواى فى هذه الدار او فى الباقى فالصلح يصح مطلقا فليس له ان يخاصم مطلقا لاسناده البراءة الى نفسه فعليه الامتناع المطلق نص عليه الناطفى وباقى التحقيق فى المقدسى (قوله صح اى الصلح عن دعوى المال الخ) لما كان جواز الصلح وعدم جوازه دائرا على الاصل السابق وهو وجوب حمل الصلح على اقرب عقد من العقود المعهودة واشبهها مهما امكن صح هذا الصلح لانه محمول على عقد البيع لاشتراكهما فى مبادلة المال بالمال وهى حقيقة البيع وصح عن دعوى المنفعة حملا على الاجارة وعن دعوى الرق حملا على العتق بمال لاشتراكهما فى تمليك المنفعة بعوض فى الاول وفى اصل المعنى فى الثانى فيراعى فى الملحق ما يراعى فى الملحق به مهما امكن وذكر فساد صلح الزوج عن دعوى المرأة النكاح وفساد صلح عن دعوى حد الخ بناء على هذا الاصل ايضا لانه لما لم يكن الحمل على واحد من العقود المعهودة ولم يكن مصحح آخر فى كل منها حكم بفساده تدبر والعلم عنده تعالى (قوله وصية) نصب على انه صفة لقوله سكنى سنة او حال او تمييز منه وقوله عنها اى عن سكنى الدار بالاجارة جاز اذ المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح وقوله وقد مر اى فى آخر باب الاجارة الفاسدة (قوله واما اذا اتحد جنسهما الخ) تبع فيه الزيلعى وهكذا فى البدايع ولكن نص الامام الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد على جواز الصلح عن دعوى المنافع بجنسها وهكذا فى النهاية وقال فى الخزانة انه اذا صالح عن الشرب على مال معلوم جاز وان كان بيعه لا يجوز كما اذا ادعى سكنى دار فصالح عنها على سكنى دار اخرى مدة معلومة جاز وان كان اجارة السكنى بالسكنى لا يجوز انتهى وهكذا فى الولوالجية فظهر ان فى هذا الصلح

روايتان جوازه وعدمه والتعويل على جوازه لان لفظ الصلح كما يحتمل التمليك يحتمل الاسقاط فهنا لما لم يكن تصحيحه تمليكا امكن تصحيحه اسقاطا فصححناه اسقاطا وهو حق معتبر يوازى الملك كما فى غاية البيان وهكذا فى تكملة الديرى وهو الحق فى تكملة المولى ذكريا وهو الموافق لما سبق فى تحقيق اصل هذا الفصل ان الصلح يصان عن الفساد مهما امكن فيحمل على عقد من العقود او على وجه آخر مصحح هذا فظهر ان ما اختاره المصنف خلاف ما يعول عليه فى العمل وان كان ما قال به مرويا ايضا تدبر (قوله اى وان لم يكن باقراره) بل ان كان عن انكار او سكوت ولم يحل له البدل ديانة لو كان كاذبا فى دعواه قال فى النهاية هذا عام فى جميع انواع الصلح وقوله حتى لا يثبت الولاء متعلق بقوله فى المتن قطع نزاع الخ كما تعلق قوله حتى يثبت بقوله كان عتقا بمال (قوله وكان خلعا) وثمرة كونه خلعا فى حقه انه لو اقام بينة على التزويج بعد الصلح لم تقبل لان ما جرى كان خلعا فى زعمه فيؤاخذ به ولا يحل ما اخذه بدلا لو مبطلا فى دعواه الا ان تسلمه بطيب النفس فحينئذ يكون تمليكا على طريق الهبة كما فى العناية وهكذا لا يبرأ المدعى عليه مما عليه لو كان كاذبا وان برأ قضاء الا اذا برأه المدعى عما بقى كما فى البحر الرايق (قوله وفى حقها) عطف على قوله فى حقه وقوله لافتداء اليمين مبنى على مذهب الامامين اذ لا يمين فى دعوى النكاح عند ابى حنيفة وانما عنده هذا البدل لقطع الخصومة ودفع وطئ الحرام فى جانبها اقول ان المصنف اشار بهذا الدرج الى ان قولهما اقوى فى تلك المسئلة وقد سبق فى محله (قوله فلا عوض على الزوج فى الفرقة) اذ لم يسلم له شئ من هذه الفرقة كما فى الكافى وتقدير سلامته عن لزوم المهر على تقدير اثباتها النكاح امر متوهم لا يبتنى عليه حكم كما فى تكملة المولى ذكريا (قوله وقيل يجوز) اشار بصيغة التمريض الى ان عدم الجواز هو الاقوى ولذلك اقتصر عليه فى المتن كما اقتصر على ذكره فى الخلاصة وخير مطلوب وشرح القدورى اى الاقطع واخر فى الهداية دليله اشارة الى اضمحلال ما بينهما وهو الجواز لاحتياجه الى اعتبار كون الصلح خلعا على اصل المهر دون الزيادة فسقط الاصل دون الزيادة ولاشك انه ضعيف جدا كما فى غاية البيان (قوله ودعوى نسب) اطلقه فشمل ما لو كان الدعوى من المطلقة انه ابن المطلق منها والدعوى من الابن انه ابنه منها وجحد الرجل فصالح من النسب على شئ فالصلح باطل فى كلتا الصورتين لما سبق ان النسب لا تقبل الاعتياض مطلقا وعليه اطلاق المصنف فى الدعوى وفى عدم احتمال النسب المعاوضة هذا فظهر ان من اراد التخصيص بالصورة الاولى لم يعرف التحقيق كما لا يخفى (قوله ولا اذا قتل مأذون الخ) هذا ان لم يجز المولى هذا الصلح وان اجازه صح عليه كما فى المقدسى وقوله ولو لم يكن له ان يقتله اى بعد هذا الصلح ولان يبيعه بشئ ما لم يعتق كذا ذكره المحبوبى (قوله يعنى صلح) المولى فسر الصلح بلفظ يعنى اشارة الى ان المقام محتاج الى التصوير اذ المراد بالمولى العبد المأذون وهو مولى عبد قاتل عمدا وقوله له ظرف صفة عبد وجملة فعل ذلك صفة بعد صفة له يعنى اذا كان لهذا المأذون عبد قتل رجلا عمدا فصالح عنه مولاه المأذون جاز وهكذا التصوير فى غاية البيان واطلق صحة هذا الصلح فشمل انه صحيح سواء كان على هذا المولى المأذون دين او لم يكن وسواء كان على عبده دين او لم يكن كما فى تكملة الديرى (قوله لانه كالحر) اذ هو حر يدا واكتسابه له ما لم يعجز بخلاف المأذون فانه عبد من كل وجه وكسبه لمولاه ولهذا نفذ تصرفه على نفسه حيث صلحه عنها وقوله وهذا اى حكم كونه كالحر وقوله خصما منتصبا فيه اى فى رقبته

وتذ كير الضمير بتأ ويل العضو اوالذات اوالبدن او الشخص وقوله واذاجنى عليه بان قطع شئ من اطرافه وجميع ماذكرهنا ذكره الامام المحبوبى كماذكره الزيلعى (قوله وصح الصلح عن مغصوب تلف با كثرمن قيمته) اشار بقوله اكثرمن قيمته الى ان ذلك المغصوب قيمى لامثلى و بالترديد فى الشرح الى انه اى قيمى كان ووضع الخلاف دائرعليه فلوكان المغصوب مثليا فهلك فالمصالح عليه لو من جنسه فلايجوز الزيادة بالاتفاق ومن خلاف جنسه جاز اتفاقا ايضا سواء كان اقل من قيمته اوا كثر ولكن القبض شرط فيه والى ان يكون معلوم القيمة ليظهر الغبن الفاحش المانع للزوم الزيادة عندهما واشار بقوله تلف الى انه اعم من ان تلف بصنع الغاصب اوغيره والتعبير بالاستهلاك فى الشرح بناء على ان هلاكه فى الحالين استهلاك فى حق الغاصب والى انه لو قائما صح الصلح مطلقا سواء كان البدل حالا اومؤجلا وسواء كان الصلح عن اقرار اوانكار اوسكوت اوكان على اضعاف قيمته اولم يكن واشار باطلاق صحة الصلح الى ان يكون البدل حالا اومؤجلا بعد ان يكون مثل قيمة التألف اواقل امااذا صالح على اكثرمن قيمته دراهم اودنانير ان كان حالا فهو على الخلاف وهو مسئلة المتن هذا ما افاده صاحب المنح هنا وثمرة صحة الصلح على الاكثر ان لا تقبل بينة الغاصب بعده على ان قيمته اقل مما صولح عليه ولا رجوع للغاصب لوتصادقا بعده على انها اقل وقد سبق نظيره . (قوله اوعرض) ظاهره على ان الصلح عن قيمى بعرض وان كانت قيمته اكثرجاز على هذا الخلاف وليس كذلك بل الصلح على عرض وان كان قيمته اكثر من قيمة المغصوب جائزا اتفاقا صرح به فى الكافى وغيره غاية مايقال ان مقارنته بما قبله لمجرد تساويهما فى الصحة عند زيادة البدل من قيمة المبدل وان كان احدهما اختلافيا والآخر اتفاقيا نعم لوافرده بالذكر كما فى الهداية ومنظومة ابن الفصيح لكان البق كمالايخفى (قوله وعندهما لايجوز) اى فى حق الفضل لوكان قدر ما لا يتغابن الناس فيه و يلزمه رده كما فى الشروح وهو المراد هنا ثم هذا الاختلاف فيما اذا لم يقض القاضى بالقيمة على الغاصب اما بعد القضاء لوصالح على اكثرمنهالايجوز بالاجماع كما فى النهاية (قوله وهذا) اى عدم جواز الزيادة فى الصلح عن الخطاء اذاصالح على احد مقادير الدية وهى الف دينارمن الذهب وعشرة آلاف درهم من الفضة ومائة من الابل فقط عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وما ئتا بقرة والفا شاة وماًئتا حلة ايضاعندهما وقد سبق فى كتاب الدية و قوله فان صالح على غيرها كالوصالح على مكيل او موزون سوى الدراهم والدنانير اوقضى القاضى بواحد من المقادير كمائة من الابل فصالحه على اكثرمن مأتى بقرة صح كما فى الشروح (قوله لانه مبادلة مال بها) ومن ذلك لوكان البدل خمرااوخنزيرا يبطل الصلح ويجب الدية اوالارش على الكمال بخلاف مالوكان ذلك فى العمد حيث يبطل الصلح ولايجب شئ و يسقط الدم فيحمل على العفو مجانا كما فى المنح وغيره وقوله بها اى بالدية اى مبادلة غيرها بها والضمير عائدا الى غيرها وانث لان المضاف قد تكسب من المضاف اليه اشياء ومنها التأنيث على ماصرح به فى محله (قوله لان القيمة فى العتق منصوص عليه) كما مر فى بابه وهو قوله عليه السلام من اعتق عبدا بينه و بين شريكه قوم العبد قيمة عدل لا وكس فيه ولا شطط فان كان المعتق موسرا فعليه خلاصه والا سعى العبد وقوله وتقدير الشرع الخ يريد به انه قد سبق لوقضى القاضى بالقيمة ثم صالحا على الاكثر لم يجز لما ذكر وهنا قدر الشرع القيمة فلا يجوز الزيادة عليها هذا (قوله من المكيلات او الموزونات) سواء كان دينا منها بحسب

الاصل او بحسب التقدير وقوله لزم بدله الموكل دون الوكيل سواء كان الصلح عن انكار او سكوت او اقرار لان الصلح فى هاتين الصورتين ليس بمال عن مال فلا يكون كالبيع فلا يطالب الوكيل بل هو اسقاط محض الخ فيحمل هذا العقد من الوكيل فى حق نفسه على عقد النكاح وكالة نعم بينهما فرق وهو ان الوكيل بالصلح اذا اعطى البدل من عند نفسه ولو بغير امر الموكل صح وله الرجوع عليه لان الامر بالصلح امر بالضمان بخلاف الوكيل بالنكاح لان الامر به لم يكن امرا بضمان المهر لصحة النكاح من الاجنبى بلا امر ولا كذلك الصلح هذا زبدة ما فى الشروح (قوله الا ان يضمنه) اى يكفل الوكيل البدل وان يضيف العقد الى نفسه والى مال نفسه فحينئذ يؤاخذ بالبدل ثم يرجع بما ضمن على الآمر لوقوع حكم العقد له كما فى غاية البيان (قوله هذا اذا كان الصلح الخ) وهكذا فى النهاية معزيا الى المبسوط والتفصيل فى المنبع (قوله فصالح فضولى) اراد به من كان اهلا للتبرع فلا يصح صلح الصبى والعبد المأذون كما فى المنبع ولم يذكر المصالح عنه بل اطلقه فشمل كون المصالح عنه دينا اوعينا وفى الدين لا يرجع المصالح بالبدل الى المدعى عليه سواء كان مقرا به اولا وفى العين كذلك لو منكرا اما لو كان مقرا فيكون العين للمصالح فيحمل هذا الصلح على البيع والشراء بين الفضولى والمدعى كما فى الكافى وغيره (قوله وصار اى المصالح متبرعا هنا) اى فى الصورة الرابعة يريد به ان المصالح فى تسليم البدل صار متبرعا هنا حيث لم يوجد بطريق الوجوب بل بالتبرع بخلاف الاوجه الثلثة المتقدمة حيث يجب عليه تسليم البدل فيها صرح به فى البدايع وهذا فى التبيين والمصنف اشار بكونه متبرعا فى تسليم البدل فى هذه الصورة الى وجوب تسليمه فى غيرها ولم يتعرض الى انه لا يرجع به على المدعى عليه فى الصور كلها لان ذلك ليس بمحل اشتباه لان حال الفضولى فى قضاء الدين ان لا يقدر الرجوع سواء اقربه المدعى عليه اولا كما لا يخفى فظهر ان لا كدر فى كلام المصنف فضلا ان يكون خلاف الصواب (قوله لان الفضولى الخ) اخذ وجه الحصر هذا من التبيين وغيره والمسائل خمس لاسترة فيه وعبارته لانه اما ان ضمن المال اولا فان لم يضمن فلا يخلو اما ان اضاف الذى واقع عليه الصلح الى نفسه اولا وان لم يضف فلا يخلو اما ان سلم العوض اولا انتهى وانت خبير بانه قد فات فيه وجه ما اشار الى نقد اوعرض وقد تداركه المصنف فى وجه الحصر الا انه ايضا قد فات فيه وجه ما اضاف الى ماله فاللايق عليه ان يقول فان لم يضمن فاما ان يضيفه الى ماله اولا فان لم يضفه فاما ان يشير الخ وعليه قوله ولم يضف الى ماله الخ واشار به الى نقد اوعرض صورة واحدة والمسائل انما يكون خمسا بصورة الاضافة تدبر (قوله ولو استحق هذا العبد الخ) بل انه لو استحق البدل فى كل من الوجوه اووجد زيفا ونحوه لم يرجع على المصالح لانه متبرع التزم شيئا معينا ولم يلزم غيره ولكن يرجع بالدعوى الا فى صورة الضمان لالتزامه مطلقا كما فى التبيين (قوله واما الرابع فلانه دلالة التسليم رضى المدعى الخ) ان لفظ على ساقط من الناسخ فان استعمال الدلالة بعلى اى على رضى المدعى ولم يقل فلان دلالة التعيين للتسليم اذا الفرق بين الرابع والثالث بالتعيين للتسليم فى الثالث وبالتسليم فى الرابع نعم كلاهما فوق دلالة ذينك الاثنان كلامنا ليس فى ذلك بل الكلام فى ان يجوز الصلح فى الثالث التعيين للتسليم وفى الرابع التسليم كما لا يخفى (قوله لم ينفذ صحة الصلح) هذا هو الموافق لما فى الهداية وغيره ولكن ذكر فى المحيط ان هذا احد القولين والاخر على ان هذا الصلح ينفذ على المصالح ويجب عليه المال ورجح فى البحر الاول وعليه كلام المصنف حيث لم يتعرض

الى القول الآخر لضعفه (قوله الصلح على جنس ماله عليه) مبتدأ خبره قوله اخذ لبعض
الخ واللام فى له حرف جر اشار اليه فى الشرح اطلقه ولكن المراد كون الصلح على اقل مما
عليه من الدين كما هو الظاهر والعادة فيخرج منه صورة التساوى اذ هى استيفاء وقبض عين
حقه وصورة كون المصالح عليه زيادة من الدين فيكون ربوا وحراما وكلا هما ليسا بصلح
واشار بالصلح الى انه لو باع ما فى ذمته من الالف بخمسمائة مثلا لم يجز صرح به فى الظهيرية
(قوله بعقد مداينة) وهى البيع بالدين بان باع ثوبا معينا مثلا بعشرة دراهم من غير ذكر الاجل
وافترقا من غير قبض الدراهم ثم تصالحا على خمسة دراهم فانه يجوز وان افترقا من غير قبض
البدل لانه محمول على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه فخرج بهذا القيد القرض والغصب
مع ان الحكم فيهما كذلك لان القرض ليس بعام فان معاملة الناس تقع على العقود بطريق
المداينة لا القرض واما الغصب فانه حرام غير مشروع فبوضع المسئلة على المشروع ونظيره
قوله عليه السلام من نام عن صلوة اونسيها الحديث مع ان الحكم كذلك فى تركها فسقا
ومجانة كما فى الشروح وخرج به عقد الصرف ايضا لانه ليس من قبيل عقد مداينة ولذلك لا يقبل
نقصان البدل وتأجيله كما فى تكملة المولى قاضى زاده (قوله فصح) اى الصلح عن الف على
خمسمائة اطلق الصلح فشمل كون المدعى عليه مقرا اومنكرا اوساكتا والمراد بالف ثمن مبيع
كما هو مقتضى عقد مداينة واطلق الالف والخمسمائة فشمل كون كليهما مؤجلين اوحالين
وكون الالف حالا والخمسمائة مؤجلة ولا عكس على ما سيجئ وذا يعز له المستثنى من هذا
الاطلاق وكذا اطلاق قوله على خمسمائة زيوف اى سواء كانت حالة اومؤجلة وسواء كان
مقرا اومنكرا وقوله لان عين هذه الخمسة اى خمسمائة وهو المراد وقوله العقد الذى الدين به
فقوله الدين مبتدأ وبه خبره والضمير المستكن راجع الى المبتدأ والضمير المجرور الى الموصول
والباء للسببية اوللملابسة وعبارة الكافى العقد الذى يدعى الدين عليه والمصنف لما نظر ان
ضمير الموصول محذوف والتقدير يدعى به الدين عليه لخص العبارة بما ترى ولله دره قلت الاخصر
الاظهر ان يقال العقد الذى جرى بينهما كما لا يخفى (قوله فلابد من حمله) اى حمل الصلح
وقوله فيه معنى الاسقاط اى اسقاط حقه فى الحلول واشار المصنف الى ان الصلح فى الدين
قسمان قسم على جنس حقه وقسم على خلاف جنس حقه فمثل للاول بثلاث مسائل
والمثال الرابع دائر بينها والامثلة الباقية تمثيل للثانى واطلق عشرة دراهم وعشرة دنانير
وخمسة دراهم فيشمل تأجيلها وحاليتها ولكن يستثنى صورة كون العشرة مؤجلة والخمسة
حالة (قوله ولا عن الف مؤجل الخ) هذا اذا لم يكن الالف بدل الكتابة اما اذا كان بدل الكتابة
بان صالح مولى المكاتب عن الف مؤجل على نصف حال صح لان معنى الارفاق بينهما
اظهر من المعاوضة فيكون ارفاقا من المولى بحط البعض ومساهلة من المكاتب ليسارع الى
شرف الحرية وذلك مندوب كما فى المقدسى وذكر فى شرح الكافى للاسبيجابى جواز هذا الصلح
مطلقا على قياس قول ابى يوسف لانه احسان من المديون فى القضاء بالتعجيل واحسان من
صاحب الدين فى الاقتضاء بحط بعض حقه وحسن هذا اذا لم يكن احدهما مشروطا فى الآخر
واما اذا شرط احدهما فى مقابلة الآخر فدخل فى الصلح معاوضة فاسدة فيكون فاسدا وهكذا
فى غاية البيان (قوله فلان يحرم حقيقة اولى) اى حقيقة مبادلة المال بالاجل فظهر ان
النصف لو مؤجلا فى هذه الصورة والدنانير لو حالة فى الصورة السابقة يصح الصلح فيهما تدبر

كمالايخفى (قوله ولاعن الف سود على نصفه بيضا) قيد بالنصف اذلو كان البيض الفا ايضا يصح الصلح والفرق بينهما ان الالف قوبلت بالالف فبقى الوصف وهو الجودة خاليا عن العوض وخلو الوصف عن العوض لا يوجب الربوا بخلاف مسئلة المتن كما فى المنبع واضافة زيادة الى وصف بيانية كاضافته الى الجودة والمعنى صفة زائدة ويظهر مما سبق ان المديون لو اعطى الدائن خمسمائة بيضا فاسقط الداين الالف السود من ذمته واسقط هو البيض من ذمة الآخر لا بشرط المقابلة ينبغى ان يصح ولكن لايسمى ذلك صلحا كمالايخفى (قوله على جنس غيره) اى من المكيل والموزون والعرض والحيوان وقيد بغير عينه اذلوكان معينا صح الصلح ولايشترط قبضه فى المجلس كما فى شرح الطحاوى (قوله وجهالة البدل تبطلها) اقول هذا اذا كان البدل مالا معلوما محتاجا الى القبض والا لم يشترط معلوميته ولا يبطل الصلح كما سبق (قوله صالح عن كر حنطة) اى حالة اومؤجلة وقوله لما عرفت من ان بيع الكالى بالكالى باطل (قوله وعند ابى يوسف يبرأ) وظاهر كلام الهداية على رجحان قولهما ولكن اقول ينبغى ان يختار قول ابى يوسف تصحيحا لتصرف العاقل (قوله كما لو بدأ بالابراء كما سيأتى) وهو قوله وان قال ابرأتك الخ هذا هو الموافق لما فى الهداية والجامع الصغير لقاضيخان ولكن وقع فى المنظومة الخلاف فيما بدأ الابراء حيث قال (شعر) *لوقال ابرأت على نصفى على * ان تنقد الباقى يومى كلا* فطلقا يبرأ عنه فاعرف* و يسقط النصف وفى اولم يف * وهذا هو الموافق لما فى فتاوى قاضيخان والذخيرة اقول غاية التوفيق ان فيما اذا بدأ بالابراء روايتين عن ابى حنيفة ومحمد تدبر (قوله ولهما انه) اى هذا الابراء ابراء مقيد بالشرط والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان مما لايتعلق بالشرط كالحوالة والفرق بينهما ان فى التقييد لايستعمل لفظ الشرط صريحا وفى التعليق يستعمل صريحا كاذا وان ومن ذلك يحصل فى التقييد البراءة فى الحال قبل وجود الشرط بخلاف التعليق اذ المعلق بالشرط معدوم قبل وجود الشرط وذلك ان التقييد بالوقت كاضافة وهى سبب فى الحال بخلاف التعليق حتى ان من حلف لايطلق امرأته فاضاف الطلاق الى الغد يحنث ولوعلقه بمجئ الغد لايحنث على ما عرف فى الاصول ومن هنا يظهر ان لفظ عاد فى الهداية على حقيقته ولاحاجة الى جعله مجازا عن البقاء تدرب (قوله وانه) اى وان اداء خمسمائة فى الغد وقوله حذار افلاسه اى افلاس المديون خبر مبتدأ محذوف بيان للغرض وقوله اوتوسلا عطف على غرضا وقوله كان الامر الخ جواب لو وقوله بصريح التقييد من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف والتقييد المصرح هو قوله اولم تدفعها غدا فالكل عليك وقوله فلايثبت الاطلاق بالشك فيحمل على التقييد بالشرط لكون الابراء مقرونا بالاداء هذا هو المراد كما فى تكملة المولى زكريا وقوله بخلاف مامر وهو المسئلة الاولى وقوله كما مر وهو حذار افلاس المديون الخ وقوله وهو باطل لما مر من مسائل شتى قبيل باب الصرف حاصل ماذكرهنا ان فى الابراء معنى التمليك ومعنى الاسقاط فالاول ينافيه تعليقه بالشرط والثانى لاينافيه فصح الصلح اذا لم يصرح التعليق بالشرط واذا صرح به لم يصح عملا بالشبهين (قوله حتى يؤخر عنى) وكذا لوقال الداين اقرلى بالف على ان احط اوحططت منها مائة فاقر جاز بخلاف مالوقال على ان اعطيتك مائة لان الاقرار لايستحق به البدل ولوقال ان اقررت لى حططت مائة فاقر صح الاقرار لاالحط كما فى المجتبى فيظهر منه ان المديون لوقال سرا للداين ان اعطيتنى مائة اقرلك

بالف فاعطاها ثم اقر هو صح الاقرار ويرجع الداين الى مائة كما لا يخفى (قوله صح عليه) اى نفذ عليه وقوله حتى انه الخ تفريع على هذا النفوذ وقوله لانه اى الداين ليس بمكره على صيغة اسم المفعول اذ يمكنه ان يبرهن او يحلفه فينكل عن اليمين ففعله بلا شروع الى احدهما كان رضا بذلك فنفذ فيكون كصلح عن انكار ومن ذلك ذكرت هذه المسئلة هنا هذا هو الموافق لما فى غاية البيان والحماية وشرح المقدسى ومافى الكفاية يقتضى كون الضمير المنصوب عائدا الى المديون وان يكون مكرها على صيغة اسم الفاعل كما فسر به البعض هنا والاول هو المتبادر كما لا يخفى (قوله اخذه الآن) اى تمكن اخذه الآن هذا هو المراد وقوله ولو اعلن اى المديون وقوله اى ماقاله سرا اشار به الى ان مفعوله محذوف وهو قوله لا اقر لك بمالك الخ (قوله الدين المشترك اذا قبض احدهما) اطلقه فشمل قبضا على طريق الاقتضاء او الصلح وقيد بالدين لان فى العين المشترك اذا صالح احدهما عن نصيبه على مال لم يشترك الآخر بلا خلاف بين العلماء سواء كان المدعى عليه منكرا او مقرا لكونه معاوضة من كل وجه والمصالح عنه مال حقيقة بخلاف الدين فانه انما يكون مالا حين القبض كما فى المنبع وغيره (قوله ملكه مشاعا كاصله) ان قلت هذا يخالف ما سيأتى من انه قبل المشاركة باق على ملك القابض قلت المقبوض عين الدين من وجه وغيره من وجه كما صرح به فى عامة الكتب والاعتبار الاول يقتضى كون المقبوض مشتركا والاعتبار الثانى يوجب الاختصاص بالقابض فعملنا بالوجهين وقلنا على الوجه الاول انه يكون للآخر ولاية المشاركة وعلى الوجه الثانى انه يدخل فى ملك القابض وينفذ تصرفه ومن هذا يظهر حسن قوله فله حق المشاركة اى فى المقبوض اشار به الى ان ليس له حقيقة المشاركة والا لما نفذ تصرف القابض فيه قبل المشاركة والمشبه لا يلزم ان يكون فى حكم المشبه به من كل وجه فلا يلزم من تحقق حقيقة المشاركة فى الثمرة والولد تحقق حقيقتها فى المقبوض من الدين كما لا يخفى (قوله اذا اتحد الصفقة) بان باعا من رجل بصفقة واحدة وقوله وثمن المال المشترك بان باع رجل ومات قبل قبض الثمن وله وارثان او بان باعا مالا مشتركا بعقد الشركة وقوله ونحو ذلك من بدل قرض او قيمة عين مستهلكة مشتركة (قوله لانه اى نصف الدين كان عليه) اى الغريم ولم يستوفه اى الشريك الآخر ذلك النصف وقوله اى شريكه له اى شريك المصالح للشريك الآخر وقوله لان حقه فيه اى حق الآخر فى الدين فيعد ضمان المصالح الربع لا يكون للآخر سبيل على الثوب حاصله ان الشريك الآخر مخير بين الاتباع للمديون والشريك المصالح وان المصالح مخير فى دفع نصف الثوب المقبوض وربع الدين ولم يلزم عليه دفع الربع لاحتمال تضرر المصالح لان الصلح على الحط غالبا فيكون ما استوفاه انقص بل يحتمل ان لا يبقى له شئ من مقبوضه واشار بكون البدل ثوبا الى ان هذا فيما كان بدل الصلح خلاف جنس الدين اما اذا وقع على جنسه ليس للمصالح خيار فيه بل لشريكه المشاركة فى المقبوض او يرجع على المديون لانه بمنزلة قبض بعض الدين كما فى المبسوط واطلق الصلح فشمل ما يكون عن اقرار او سكوت او انكار ثم الحيلة فى ان لا يرجع عليه شريكه ان يهب له الغريم مقدار حظه من الدين ويقبضه ثم يبرأه عن حظه او يبيعه شيئا يسيرا ولو كفا من زبيب بقدر حصته من الدين ثم يبريه عن الدين ويأخذ ثمن المبيع كما فى الذخيرة والتتمة (قوله على المماكسة) وهى ضد المسامحة والمساهلة (قوله بخلاف الصلح) اعلم ان الدين يتعين فى الصلح بدلا وفى الشراء لا فالثوب المصالح عليه فى حكم عين الدين فللشريك حينئذ ان يشارك فيه واما الثوب

المشترى فالدين لايتعين بمثله فهو غيره من كل وجه فلايكون له ولاية المشاركة فيه كما فى تكملة المولى زكريا و قوله لانه لم يستوف تمام نصف الدين اذ الصلح يقع على الحط غالبا وقد سبق تحقيقه (قوله لم يرجع الشريك على المديون) هكذا فى النسخ ولكنه من طغيان قلم الناسخ عن على المبرى كما ان قوله الآتى نصيب المشترى طغيان قلمه من نصيب المبرى وكذا لم يرجع الشريك اذا تزوج احدهما على حصته مرأة مديونة لهما فى ظاهر الرواية و فى رواية يشرفيه خلاف ابى يوسف وكذا اذا صالح على حصته عن جناية العمد لا الخطاء كما فى خير مطلوب لانه لم يملك شيئا يقبل الشركة وذكر فى الايضاح انه لايرجع مطلقا ولم يفصل بين كونه عمدا او خطأ وقد سبق فى الدين لبس للاحتراز اذ لو احرق احدهما ثوب المديون فتقاصا لم يرجع الشريك عليه لانه لبس بقبض بل اتلاف وفيه خلاف محمد كما فى الكافى وهذا الخلاف فى القاء النار على الثوب اما اذا اخذ الثوب ثم احرقه فالساكت يضمنه ربع الدين بالاجماع لانه استهلاك بعد الغصب وقوله لان الاصل فى الدين الخ باطلاقه يرجح قولهما وقوله فى الاقتضاء اى فى قبض مال بدل الدين (قوله على ما دفع وهو حصته من رأس المال) قيد به لانه لو كان الصلح على غيره لم يصح الصلح بالاتفاق لما فيه من الاستبدال بالمسلم فيه كما فى التبيين واطلق وضع المسئلة فشمل ما لو خلطا رأس المال اولم يخلطاه والصحيح ان الخلاف ثابت فى الفصلين كما فى الكافى وفوائد تاج الشريعة ثم مرجع هذه المصالحة فسخ عقد الشركة وتسميتها صلحا مجاز كما فى غاية البيان قالوا اطلق عليه الصلح بما فيه من الحطيطة التى هى من خواص الصلح كما فى تكملة المولى زكريا اقول الحطيطة هى التى لزمت على المسلم اليه من المسلم فيه حيث سقطت بهذه المصالحة تدبر كما لا يخفى (قوله و بدل ايضا) اى بدل الصلح كان لفظ الصلح ساقط من قلم الناسخ الاول واستقامة الكلام لفظا ومعنى به والواو حالية (قوله صح) اى الصلح ويقسم الباقى بين باقى الورثة على سهامهم الخارجة قبل التخارج الا ان يجعل المصالح بالتخارج كأن لم يكن بيانه مات رجل وترك زوجة وبنتا واخا لابوين والمسئلة من ثمانية واحد للزوجة وربع للبنت والباقى الثلث للاخ فاذا اخرجت الزوجة قسم الباقى على سبعة ولو جعلت كأن لم يكن قسم نصفين وذا غلط كما فى المنح وغيره وانما لم يتعرض المصنف لكيفية التقسيم لانه من مسائل كتاب الفرائض (قوله صرفا للجنس الى خلافه كما فى البيع) ولم يشترط معرفة مقدار حصة المخرج من التركة و لامعرفة اعيان التركة كما فى البيع لعدم الحاجة الى التسليم كمن اقر بغصب شئ او بكونه وديعة فى يده ثم اشتراه من مالكه صح وان لم يعرفا مقداره كما فى الذخيرة وغيره اقول يظهر منه ان اعيان التركة لو كانت فى يد المخرج كلا او بعضا يشترط معرفتها لان جهالتها يفضى الى النزاع عند تسليمها وقد سبق نظيره (قوله وفى النقدين وغيرهما) اطلقه فشمل ما كان صلحا فى حال التصادق اوالمناكرة لانه يكون معاوضة فى حق المدعى فيتمكن فيه الربوا صرح به الاسبيجابى وصححه كما فى غاية البيان ويؤيده ماقالوا انه لووقع الصلح مع المنكر على دراهم من الدنانير شرط القبض فى المجلس نظرا الى انه معاوضة فى جانب المدعى ولواعتبر جانب المدعى عليه لماشرط ذلك وهذا ظاهر فظهر ضعف ماقال الحاكم ابو الفضل انما يبطل حال التصادق وفى التناكر يجوز لانه يعطى المال لدفع الخصومة فلايتمكن الربوا وظهر ان اطلاق المصنف على الصحيح المختار (قوله باحد النقدين) قيد به اذ لو كان بنقدين جاز مطلقا بشرط التقابض فى المجلس ولو كان بعرض جاز مطلقا ايضا و بلاشرط واشار بالاستثناء الى ان ما اعطى اقل من نصيبه اومساو يا له او لم يعلم

مقدار نصيبه من الذهب او الدراهم لم يصح الصلح اما فى الاولين فلان مازاد على قدر حظه يكون حاصلا لهم بلا عوض واما فى الاخير فانه فاسد من وجهين وهى تقدير كونه مساويا او اقل صحيح من وجه وهو تقدير زيادته فيرجح الفساد على الصحة احتياطا وفيه خلاف زفر كما فى المنبع (قوله على ان يخرجوا المصالح عنه) بكسر اللام والضمير المجرور عائد الى الدين والجار متعلق بيخرجوا او بالمصالح وقوله لانه اى المصالح عن الدين والعين بعم العرض والعقار والمكيل والموزون الحاضر وغير من عليه الدين هنا بقية الورثة وقوله بطل فى الكل لان العقد الواحد اذا فسد فى بعض المعقود عليه فسد فى الكل وهو قول ابى حنيفة والدليل له فى مسئلة البيوع وعندهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين وقيل هو قول الكل كما فى الكافى وغيره اقول ينبغى ان ليس اختلاف القولين بين المشايخ على اطلاقه بل اللايق كون البطلان قول الكل اذا لم يبين حصة الدين فى البدل واما اذا بين فيصح الصلح عندهما فيما وراء الدين بحصته اذ لا موجب للبطلان حينئذ فيه عندهما تدبر (قوله وتمليك الدين من غير من عليه الدين باطل) هذا اذا لم يسلطهم ولم يوكلهم فى مقدار نصيبه من الدين واما اذا سلطهم فينبغى ان يصح الصلح كذا قيل (قوله اذا شرطوا براءة الغرماء بان يبرئهم منه) اى من الدين وهو حظه ولم يقل اى من نصيبه من الدين فى قوله ان شرط لهم الدين نصيبه منه وقوله ولا يرجع عطف على قوله براءة الغرماء ولذلك نصب بتقدير ان كما هو الضابط فى عطف المضارع على الاسم الصريح صرح به فى محله (قوله ولا يخفى ما فيهما من ضرر بقية الورثة) اما ضررهم فى الاولى فظاهر وهو عدم رجوعهم على الغرماء بحصة المصالح واما فى الثانية فان العين خير من الدين وقوله فالاولى الى آخره تبع فيه صاحب الكافى اقول هذا الوجه ايضا لا يخلو عن ضرر وهو تأخير وصولهم قدر حصته مع انه ليس لهم نفع فى هذا القدر وهو خلاف وضع الصلح غالبا بل الاوجه ما صرح به الزيلعى ان يبيعوا المصالح كفا من تمر و نحوه بقدر حصة من الدين ثم يحيلهم على الغرماء فيقبضوه لانفسهم (قوله قيل لا يصح) القائل ظهير الدين المرغينانى وقوله وقيل يصح الخ القائل هو الفقيه ابو جعفر وهو الصحيح كما فى التبيين و الاصحية فى المسئلة الآتية مبنية على هذا التصحيح كما لا يخفى (قوله وصح فى الاصح عن تركة مجهولة فى يد البقية) اشار بكونها فى يد البقية الى انها لو كانت فى يد المصالح كلها او بعضها لم يصح كما فى التبيين ومقابلة هذه المسئلة بما قبلها يقتضى كون التركة غير المكيل و الموزون ولم يذكر البدل لانه اعم حينئذ ان يكون من المكيل او الموزون او غيرهما اذ لا فرق بينهما و بين غيرهما فى هذه الصورة ولذا لم يتعرض للبدل فيها فى عامة الشروح وعليه كلام المصنف و ما صور به الاتقانى من ان يكون على مكيل او موزون ليس للاحتراز و ذا ظاهر وبالجملة ليس فى اجمال المتن والشرح هنا ما يؤدى الى الاخلال هذا آخر ما فى كتاب الصلح من التحرير فى اواسط شهر رمضان المبارك لسنة تسع وخمسين والف

﴿ كتاب القضاء ﴾

القضاء بمد او بقصر الحكم كما فى القاموس وكلام الصحاح على انه بالمد لا غير وهمزته منقلبة عن الياء بعد الالف الزائدة (قوله هو لغة الاحكام) بكسر الهمزة يريد به انه ثلاثى فى معنى الرباعى و قد كثر ذلك فى هذا الوجه بمعنى المواجهة والبرج بمعنى التبرج والاليم بمعنى المولم واستدل فى الكافى كونه بمعنى الاحكام بقول ابى ذويب ❊ وعليهما مسرودتان قضاهما ❊ داود او صنع السوابغ تبع ❊ اى احكم صنعهما هكذا فسره الزيلعى وقال الكمال المحقق ابن الهمام فان ابن

قتيبة القضاء يستعمل لمعان كلها ترجع الى الحتم والفراغ من الأمر يعني باكماله انتهى فظهر
ان الاحكام انما يكون معنى لغويا للقضاء باعتبار مرجع معانيه وهو الانسب لمعناه الشرعي
والافمعناه اللغوي الحكم كما صرح في القاموس وغيره (قوله الزام على الغير ببينة اواقرار اونكول)
اى الزام بحكم على الغير بالحق وهذا تفصيل مافي البدايع حيث عرفه بالحكم بين الناس بالحق
وعدل عن التعريف بفصل الخصومات وقطع المنازعات كما في المحيط لان هذا صادق على
الفصل والقطع الصادرين عن الخليفة وعن التعريف بقول ملزم يصدر عن ولاية كما
في الخزانة والاختيار لانه يصدق ايضا على القول الملزم الصادر عن الخليفة ثم الحكم بحق
انمايكون بالبينة اواليمين اوالنكول اوعلم القاضي بشرطه اوكتاب القاضي الى القاضي بشرطه
الخ كما في البزازية ولم يذكر المصنف مايكون بعلم القاضي الخ لانه داخل في البينة حكما وقيل
هل يطلق خليفة الله على القاضي واكثر المشايخ على ان يقال خليفة رسول الله عليه السلام
و وارث رسول الله ولا يقال خليفة الله لان هذا الاسم خاص للانبياء صلوات الله تعالى عليهم
اجمعين كما في ادب القاضي للخصاف (قوله لان حقيقته) اى حقيقة القضاء فصل الخصومة
بدفع الظلم وايصال الحق الى المستحق والامر بالمعروف والنهي عن المنكر ولاجله بعث
الانبياء والرسل عليهم السلام وكان عليه الخلفاء والعلماء كما في الجناية وغيره وهو اى الفصل
انمايكون به اى بالقضاء باحد الثلثة او بالزام على الغير باحدهما (قوله واهله اهل الشهادة) هذا
من قبيل التشبيه البليغ اى اهل القضاء كاهل الشهادة في اشتراط العقل الكامل و العدل
و الولاية ولايلزم منه بناء القضاء على الشهادة حتى يلزم منه بناء القوى على الضعيف
بل المراد انهما يرجعان الى حكم واحد وهو التساوي في الاهلية والشرط ولذلك جعل شرط
اهليته محمولا على عكس هذا تنبيها على التساوي بينهما ثم تشبيه القضاء بالشهادة امابناء
على ان الشهادة توجد بدون وصف القضاء والقضاء لايوجد بدون وصفها فمن هذا الوجه
ولاية القضاء كالفرع لولاية الشهادة واما بناء على عادة الفقهاء في تشبيه مسئلة بمسئلة
لتساويهما في حكم الجواز اوعدمه اونحوه اولكون اوصاف المشبه به اشهر عند الناس فيه
وان لم يكن اقوى من المشبه فيها ونظيره مافي قول نبينا عليه السلام اللهم صل على محمد
وعلى آل محمد كما صليت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم من التشبيه ولايخفى ان اوصاف
الشهادة اشهر عند الناس فيعرف اوصافه باوصافها على انه قد سبق ذكر اوصافها فتشبيه
اهله باهلها لايخفى انه احرى (قوله اذالشهادة ملزمة على القاضي) قال في جامع الفصولين
وغيره انه وجب عليه الحكم عند استجماع شروطه حتى لواخره يأثم و يستحق العزل والتعزير
انتهى وذكر في الولوالجية انه جاز تأخيره لرجاء صلح بين الاقارب ثم باستمهال المدعى عليه (قوله
وشرط اهليتها شرط اهليته) هذا بيان شرط الاهلية والاول بيان الاهلية فلا يكون
تكرارا ولكن الاول يتضمن هذا الشرط كما نبه عليه بقوله فيشترط الخ متفرعا عليه فمن نظر
الى التضمن اكتفى بالاول كصاحب الكنز وصدر الشريعة في مختصره ومن لم يعتبر التضمن
صرح بالثاني كصاحب الوقاية والمصنف ولكل وجهة فظهر ان قوله فيشترط الخ لم يكن
مستغنى عنه كما لايخفى ومعظم الشرط الولاية ولذلك اذا قلد عبد اوكافر فعتق واسلم جاز ان
يقضي بذلك التقليد من غير حاجة الى التجديد بخلاف الصبي اذا قلد قضاء مصر له فادرك
ليس له ان يقضي بذلك الامر والفرق ان كلا منهما له ولاية و به مانع و بالعتق والاسلام ارتفع
اما الصبي فلا ولاية له اصلا كما في الخلاصة ولايخالفه مافي الفصول انه لو قال لصبي اذا

ادركت فاقض بينهم جاز لان هذا تعليل الولاية وماتقدم تنجيز كما فى فتح القدير ثم فرع عليه وقال واذا لم يصح تولية الصبي قاضيالم تصح سلطانا فما فى زماننا من تولية ابن صغير للسلطان اذامات فقد سأله فى فتاوى النسفى وصرح بعدم ولايته وقال ينبغى ان يكون الاتفاق على وال عظيم يصير سلطانا وتقليد القضاة منه غيرانه يعد نفسه تبعا لابن السلطان تعظيما وهو السلطان حقيقة انتهى وهذا يقتضى انه يحتاج الى تجديد البيعة بعد بلوغه وهذا لايكون الا ان عزل ذلك الوالى العظيم نفسه من السلطنة وذلك لان السلطان لاينعزل الابعزله نفسه وهذا غيرواقع انتهى وهكذا فى العمادية نقلا عن فوائد جده شيخ الاسلام برهان الدين ثم الامام يعنى السلطان لابدوان يكون مكلفا حرامسلما عدلا ذارأى سميعا بصيرا ناطقا ولومن العجم ويصير سلطانا بامرين بالمبايعة من الاشراف والاعيان وبنفوذ حكمه على رعيته خوفا من قهره وجبروته صرح به مفصلا فى الخانية من باب الردة وفى شرح الكنز لباكير قبيل الصرف (قوله كما يصح قبول شهادته) متعلق بقوله يكون اهله والتقدير فيكون اهله ويصح تقليده لكنه لايقلد الخ ولوقال والفاسق اهلها فتصح تقليده القضاء لكنه لايقلد الخ لكفى وسلم عن هذا التقدير (قوله كان آثما) اطلقه ولكن ابايوسف استثنى من الفاسق من كان ذاوجاهة ومروءة فانه يجب قبول شهادته كما فى البزازية والظاهر فى توجيه قبول شهادة الفاسق انه لو توقف على العدالة فى هذا الزمان اضاعت الحقوق فاذا غلب على الظن صدق الفاسق يقبل قوله فى ظاهر المذهب وعليه اهل سمرقند وبخارى كما فى المقدسى ويحمل مافى القاعدية على هذا فيظهر منه انه اذا حكم بناء على ظنه فى صدق الشاهد ينفذ ولايأثم واما اذا حكم من غيراهتمام عند تعين فسقه لاينفذ مع انه يأثم بهذا الحكم تدبر (قوله وكثيرمن مشايخنا اخذوا برواية النوادر) وبه يفتى كما فى البزازية ولم يشترط كون المتداعيين من بلد القضاء اذاكانت الدعوى فى دين وكذا فى عقار لافى ولايته فى الصحيح كما فى الخلاصة والبزازية والقضية كانت واقعة الفتوى فى زمن استادنا شيخ الاسلام المرحوم المولى اسعد افندى فافتى بنفوذ حكم القاضى فيها (قوله لان القاضى انما يفعل ذلك) اى نصب قسام فى القسمة ونصب قيم فى الامور المذكورة بولاية القضاء وقد صرحوا قاطبة فى كتاب القسمة ان هذا النصب للقاضى فلو لم يكن القسمة من اعمال القاضى لما ملك نصب القسام لهذا العمل ولذلك صرح المصنف ثمه ان الاصح ان القسمة من جنس عمل القضاء فظهر ان اللايق على المصنف ان لا يبقى الاختلاف على اطلاقه فى المتن بل يصرح الراجح فى كلتا المسئلتين كما لايخفى (قوله والصحيح انه لايصير قاضيا الخ) وبه يفتى كما فى الخلاصة والبزازية وجامع الفصولين وسواء دفع القاضى الرشوة اودفع غيره له وسواء دفعها الى الامام اوقومه وهو عالم به كما فى الكتب المذكورة (قوله ففسق باخذها) اى باخذ الرشوة هذا القيد لبيان نوع من اسباب الفسق وليس للاحتراز وقد صرح فى الكافى وغيره ان لافرق بين فسق باخذ الرشوة وفسق بشرب الخمر ونحوه والمراد باستحقاق العزل ان يجب على السلطان عزله هذا هو ظاهر المذهب وهو الصحيح وعليه مشايخنا كما فى الهداية وغيره حتى قال الامام اسمعيل الزاهد انى قد حفظت عن اصحابنا المتقدمين ان القاضى اذا فسق ينعزل ولكن ادع هذه الرواية ولااخالف اصحابى فاقول لاينعزل مالم يعزل وجميع قضاياه نافذة الا القضاء الذى ارتشى فيه وهو باطل لانه قضاء باجرة وذا باطل ومايبتنى عليه كذلك كما فى الحسامية والواقعات والصحيح من المذهب ان ينفذ قضاياه التى وقعت بعد قضاء ارتشى فيه كما فى شرح

ادب القاضى للصدر الشهيد (قوله وقيل ينعزل الخ) اشار بصيغة التمريض الى ان هذا القول غير مختار ولكن اختاره الطحاوى وعلى الرازى صاحب ابى يوسف كما فى العناية ومال اليه صاحب المجمع سدا لباب السوء ولبس فى كل زمان يمكن عزل الفاسق ومن ذلك قال ابن الملك فى شرحه وعليه الفتوى وهكذا قال به المولى ابن كمال باشا فى اصلاح ايضاحه والمولى للافتاء فى الدولة العثمانية قاطبة سوى المولى المزبور انما افتوا بلزوم العزل ومن ذلك عد المقدسى افتاه بذلك من الغرائب تضعيفا والعبد الفقير اليه سبحانه وتعالى يقول اذا تتبعت الشروح والفتاوى فاللائق ان تقول ما قاله الامام اسمعيل الزاهد كما لايخفى (قوله موثوقا به اى معتمدا عليه) والعفاف بفتح العين كف عن الحرام يعنى لايكون سفيها ولاظالما ولاجاهلا بل يكون كامل العقل وصالحا وعالما لينا بلاضعف شديدا بلاعنف (قوله والاجتهاد شرط الاولوية على الصحيح) وكذا اهل العلم شرط للاولوية حتى ان تقليد غير المجتهد بل تقليد الجاهل صحيح لانه يمكنه ان يقضى بفتوى غيره كما فى البرجندى وفى ايمان البزازية المفتى يفتى بالديانة والقاضى يقضى بالظاهر الى ان قال دل على ان الجاهل لايمكنه القضاء بالفتوى ايضا فلابد من كون الحاكم فى الدماء والفروج عالما دينا وامثاله فى امر الدين والعلم كالكبريت الاحمر انتهى اقول يريد به ان الجواب قد يكون فى مسئلة على ان هذا لايحرم ديانة ويحرم قضاء وعلى العكس فيجيب المفتى بانه لايحرم مع انه يجب على القاضى ان يحكم بالحرمة وكذا الحال فى العكس فحينئذ كيف يصح تقليد الجاهل على ان الحكم قد يكون فى الدماء والفروج تدبر العلم عند الله تعالى (قوله ولايشترط فيه) اى فى المفتى ايضا الاجتهاد وهو لغة بذل المجهود لنيل المقصود واصح ماقيل فى حده عرفا ان يكون عالما بالكتاب و وجوه معانيه والسنة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها وان يكون مصيبا فى القياس عالما بعرف الناس فمن اتقن هذه الجملة فهو اهل للاجتهاد يجب عليه ان يعمل باجتهاده وهو ان يبذل جهده فى طلب الظن بحكم شرعى عن هذه الادلة ولايقلد احدا كما فى المنبع وفتح القدير واحراز منصب الاجتهاد على هذا التفصيل فى زماننا هذا لايتيسر لاحد على ماذكروا فى طبقات الفقهاء فمن لم يكن بهذه الصفة لايفتى الابشئ سمعه فيقول قال ابو حنيفة كذا كما فى الكافى للحاكم الشهيد والمأمورون بالافتاء فى زماننا انما هم نقلة كلام المجتهدين من كتبهم المعروفة فى مذهبه هكذا ذكره الرازى وقد صرح فى وجيز المحيط ان اصحابنا لو اتفقوا لاينبغى للقاضى ان يخالفهم برأيه اذ الحق لايعدوهم انتهى اما اذا احدث قولا ثالثا موافقا لاحد قوليهم مع ضم قيد اليه واذا لم يوجد ذلك القيد يوافق قولهم الآخر فلا يوجد التجاوز من متفقهم وعليه كلام صاحب المجمع فى مسئلة نقل امرأته بعد ايفاء معجلها على مافصلها صاحب المنبع والقضاة الحنفية والمأمورون بالافتاء فى الدولة العثمانية مقلدون للعمل بالقول الصحيح المفتى به فهم معزولون فى العمل بالقول الضعيف فضلا ان يعملوا بارائهم خلاف مذهب ابى حنيفة فظهر انه لو وجد قاض اومفت منهم فى مرتبة الاجتهاد لايعتبر حكمه ولا افتاؤه برأيه تدبر (قوله ولايطلب القضاء) اى بالقلب ولايسئل باللسان نفى بمعنى نهى اونهى اطلقه فشمل انه لايحل الطلب والسؤال والدخول فيه وان امن على نفسه الحيف اى الجور وعدم اقامة العدل والمراد كراهة تحريما كما فى الفتح هذا اذا لم يتعين له امالو تعين بحيث اجتمع فيه اهلية القضاء ولم يوجد فى غيره فحينئذ يفترض عليه الطلب والدخول فيه الا انه لابد من التقليد فاذا قلد يجب عليه القبول اذ لو تأخر مع تعينه يقدم من لايصلح للقضاء

وفى تقديمه فساد عظيم ودفع الفساد وصيانة الحقوق فرض فلا يحل له حينئذ السكوت كما فى المعراج والمنبع وقال صاحب البحر الرائق لم ار حكم من تعين ولم يول الا بمال هل يحل له بذله وكذا لم ار حكم جواز عزله وينبغى ان يحل بذله المال كما حل له طلبه وان يحرم عزل المتعين وان لا يصح انتهى اقول الفرق بين المقيس والمقيس عليه ظاهر وان حل الطلب لا يستلزم حل البذل وان فى تقليد من لا يصلح للقضاء لم يتعين فساده على المتعين حتى يحتاج فى دفعه الى البذل (قوله وكل الى نفسه) بالتخفيف اى فوض امره اليها وهى امارة بالسوء لا يهتدى الى الصواب كما فى العناية ومن اكره عليه اعتصم بحبل الله وتوكل عليه ومن يتوكل على الله فهو حسبه كما فى المنبع (قوله ويختار الاقدر والاولى) اشار به الى انه يجوز تولية المفضول مع صلاحيته ووجود افضل منه فظهر منه ان المراد بالاولى فى الحديث ليس افعل التفضيل والا فشكل كما فى المقدسى (قوله وعمل القضاء الخ) جواب سؤال مقدر وهو ليس فى الحديث تقليد القضاء بل فيه تقليد العمل واجاب بما هو ان عمل القضاء من اهم اعمال المسلمين واضافة العمل الى القضاء بيانية وقوله واعمال المسلمين عطف على امور الدين (قوله ويكره التقلد الخ) تقلد القضاء على خمسة اوجه واجب عند تعينه وعدم من يصلح للقضاء ومستحب عند كونه اصلح ومخير عند استوائه مع الغير فيه ومكروه عند وجود الاصلح وحرام عند خوفه من الحيف كما فى الخزانة فظهر ان مراد المصنف كراهة التحريم ودليل الرخصة لمن يثق من نفسه باداء ما يفترض عليه ما روى عن الحسن البصرى قال كان يقال لاجر حكم عدل يوما واحدا افضل من اجر رجل يصلى فى بيته ستين سنة اوسبعين سنة وفى الحديث اشارة الى ما روى ان من بنى اسرائيل اذا فرغ انسان نفسه لعبادة ستين سنة يرجى له النبوة ويصير عظيم الشان فيما بينهم ولا نبى بعد نبينا خاتم النبيين صلى الله عليه وسلم فيكون القضاء بحق موازيا بثواب من فرغ نفسه لعبادة ستين سنة مع زيادة نظيره كون عبادة ليلة القدر خيرا من عبادة الف شهر فظهر ان القضاء نعم العبادة لمن استقام بل نفعه عام اذ بالعدل يمطر عباد الله وبالجور يقحطون الصحيح ان الدخول فى القضاء مختارا رخصة والامتناع عزيمة الا انه لو امتنع حتى قلد جاهل يأثم كما فى المنبع والمقدسى والبرجندى (قوله اى الظلم والجور على غيره) اطلقه فشمل ظلما من تعد اوعجز وتقصير فالحيف يشملهما فلا حاجة الى ضم قولنا اوالعجز كما ظن والذبح بغير سكين قتل بالخنق اوالغم اونحو ذلك مؤثر فى الباطن دون الظاهر والقضاء ظاهره عظمة وجاه وباطنه هلاك وتبار لمن لم يستقم والازدراء التحقير والموسى آلة حلق شعر الرأس بضم الميم قيل مذكر وقيل مؤنث (قوله ويجوز تقلده من الجائر) اعلم ان الاسلام شرط صحة السلطنة فى السلطان عند الائمة الاربعة واكثر اهل العلم دوال مسلم مولى من جهة الكفرة يجوز منه تقليد القضاء واقامة الجمع والاعياد وسائر امور المسلمين واما فى بلاد عليه وال كافر فيجوز للمسلمين اقامة الجمع والاعياد ويصير القاضى قاضيا بتراضى المسلمين ويجب عليهم طلب وال مسلم هكذا فى جامع الفصولين والفتح والمنبع فظهر منه ان تقلد القضاء من الكافر لم يصح وظهر من تقلد الصحابة القضاء من يزيد ومن اتفاق الفقهاء على صحة ان يزيد ليس بكافر وان كان فاسقا وقد قال فى الخلاصة وغيره انه لا ينبغى اللعن على يزيد وعلى الحجاج الى آخر ما ذكره وقال الشيخ ابو سعيد المتولى صاحب التتمة من كتاب القنية ان يزيد بن معاوية رضى الله عنه من جملة المؤمنين وحاله فى مشية الله تعالى ان شاء يعذب

وان شاء يرحمه الله تعالى ولا يجوز لعنه ولا تكفيره انتهى وهكذا قال حجة الاسلام وقد فصل البردعى فى حاشيته على شرح العقائد كل تفصيل حاصله المنع عن اللعن والاكفار وعليه الاعتماد لان الله تعالى هو الملك الغفار يرحم من تاب من عباده وقد صرح اكمل الدين فى شرحه على المشارق فى حديث اول جيش من امتى يغزون مدينة قيصر مغفور لهم الحديث بان يزيد بن معاوية فيهم ان فعل مافعل وصنع مستحلا فلا كلام فى عدم غفرانه لانه لايكون مسلما وان فعل سفها غير مستحل كان من اصحاب الكبائر وامره الى الله تعالى بعد قيام الايمان انتهى فظهر ان تصريح المصنف فى حق يزيد بالفسق والجور وجواز التقلد منه تبعا للفقهاء انه لم يقل بكفره ايضا وظهر ان العلامة التفتازانى قد اخطأ فى قوله اتفقوا على جواز اللعن على يزيد ولانتوقف فى ايمانه وايضا صرحوا ان يزيد لم يباشر القتل بنفسه ولو سلم انه قتل الحسين رضى الله عنه لم يكفر لان قاتل عثمان رضى الله عنه لم يكفر مع انه افضل منه وانما سبب الاكفار اهانة اهل بيت النبى عليه السلام ولم يثبت انه اهانه لكونه من اهل بيته عليه السلام نعم لما كان جرمه عظيما وفى حق اهل بيت النبى عليه السلام لايقدم القلب ولا اللسان بالترضية له وان قال به صاحب التتمة هذا (قوله لاينفذ قضاياهم بعده) اى بعد انهزام الباغى مالم يقلده السلطان العدل اذ الباغى صار سلطانا بالقهر والغلبة وذكر فى الفصول العمادية ايضا ان السلطان لو قلد رجلا قضاء بلدة ثم بعد ايام قلده آخر ولم يتعرض لعزل الاول هل ينعزل بنصب الثانى ام لا فلكل منهما وجه والاظهر ان لاينعزل انتهى والعمل فى الدولة العثمانية اشتهر بالانعزال على خلاف الاظهر فى المناصب المولوية حيث لم يتعرض لعزل الاول عند نصب الثانى ومع هذا يعد الاول معزولا فلا يرجع اليه ولا يقبل حكمه وفيه اشارة الى ان للسلطان عزل القاضى بلاريبة لما روى عن ابى حنيفة رضى الله تعالى عنه انه لايترك على القضاء اكثر من حول كيلا ينسى فيقول لا فساد فيك لكن اخشى عليك نسيان العلم فادرس ثم عد الينا حتى نقلدك ثانيا كما فى شرح ادب القاضى ولايذهب عليك ان فيه اشعارا بان القاضى لاينبغى له ان يشتغل بغير القضاء ولو درسا فضلا ان يشتغل الى السير والسلوك بمجرد هواء النفس كما لايخفى (قوله طلب ديوان قاض قبله) ويبعث المولى اثنين اوواحدا مأمونا ليقبضاه بحضرة المعزول او من امينه وهذا اول مايبدأ به من الاعمال كما فى الفتح والواجب عليه المبادرة فى الطلب حتى لو تأخر من غير عذر استحق العزل كما فى شرح ادب القضاء للخصاف (قوله ولايقبل قول المعزول) وهو قوله حبسته بحق عليه اوكنت حكمت عليه بكذا لفلان كما فى السراج وقوله خصوصا اذا كانت الخ ظاهره على انه لو شهد مع آخر لم تقبل شهادته فيما اضافه الى فعل نفسه كما فى البحر واقول وظاهر ايضا ان متولى وقف اذا آجر عقار الوقف اوفوض ارضه الى شخص ثم انكر الجديد فشهد العتيق بتفوضه اواستيجاره منه زمان توليته لاتقبل مالم يشهد به آخران وهكذا حال مفوض الارض الاميرية والمقاطعة تبصر كما لايخفى (قوله فاذا لم يظهر خصم اخذ منه كفيلا بنفسه) وان ابى عن اعطاء الكفيل اولم يوجد وجب ان يحتاط بنوع آخر وهو النداء شهرا فان لم يحضر احد اطلقه كذا قال الامام الناصحى وهذا النداء غير النداء الاول اذ هو نداء ايام على حسب مايرى القاضى كما فى الفتح والمنبع فظهر ان من ظن ان النداء انما هو نداء بعد الاباء عن اعطاء الكفيل فقد قصره فى المنبع كما لايخفى (قوله وعمل بالبينة) اطلقها فشملت مالو شهدوا انهم سمعوا القاضى قبل عزله يقول هذا المال لفلان اليتيم استودعته فلانا اوشهدوا

على بيعه مال فلان اليتيم قبلت ويؤخذ المال لمن ذكره كما فى الشروح (قوله الا ان يقر ذواليد بالتسليم منه اى من المعزول) اطلقه فشمل ما لو انكر ذواليد ان يكون ما فى يده لمن اقر به المعزول له او اقر ان يكون ذلك لغيره الا ان فى هذه الصورة يؤمر ذواليد بدفع ما فى يده لمن اقر له به ثم يضمن للقاضى المعزول مثله لو مثليا او قيمته لو قيميا فيدفع المعزول ذلك لمن اقر نفسه له به كما فى الشروح (قوله او يجلس فى داره) المناسب للمعطوف عليه او جاس (قوله ويجلس معه من كان الخ) ولا بأس ان يجلس وحده اذا كان عالما بالقضاء كما فى الاختيار ويستحب ان يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم وكان ابو بكر يحضر عمر وعثمان وعليا كما فى الفتح وماذكر فى البزازية انه ان رأى ان يقعد معه اهل الفقه قعدوا ولا يشاورهم عند الخصوم لئلا يخالفه اذ يحكم عند حضورهم بلا مشاورة ان لم يشتبه الحكم عليه وان اشتبه عليه يدفع مجلس الدعوى فشاورثم يحكم كما لا يخفى وينبغى للقاضى ان يتخذ كاتبا صالحا عفيفا اهلا للشهادة يقعده بحيث يراه فيكتب الخصومة ويجعلها فى قطرة يجعل لكل شهر قطرا كما فى السراج ولا يسلم المدعى عليه والمدعى على القاضى الا اذا كان الداخل الشاهد فله ان يسلم كما فى الخانية ولا يلزمه رد السلام ممن يجئ لزيارته واوجاب جاز كما فى المنبع واطلق بعضهم ذهاب المدعى الى باب السلطان والاستعانة باعوانه او لاستيفاء حقه لكن لا يفتى به الا لعجز بالقاضى واذا تمرد المدعى عليه عن الحضور عاقبه بقدره واجرة الاشخاص على المتمرد هو الصحيح كما فى الولوالجية وهو فى المصر من نصف درهم الى درهم وفى خارجه لكل فرسخ ثلثة دراهم او اربعة كما فى المقدسى وينبغى ان يعتذر للمقضى عليه ويبين وجه حكمه شرعا وانه فهم حجته ليدفع شكواه للناس ونسبته للجور ومن يسمع يخل فيفسدون غرضه وهو برئ واقامة الحق مع عدم ايغار الصدر اولى كما فى فتح القدير (قوله يورث التهمة) اى تهمة الرشوة او الظلم كما فى الفتح (قوله ورد) اى لم يقبل هدية يريد به ان عليه لا يقبل من اول الامر ولو اخذها ممن لم يستثنى وجب ردها على صاحبها وان تعذر الرد وضعها فى بيت المال لانها بسبب عمله لهم وقيد بالقاضى لانه جاز للامام والمفتى قبول الهدية واجابة الدعوة الخاصة لان ذلك من حقوق المسلم على المسلم وانما يمنع عنه القاضى كما فى الخانية وذكر فى التاتارخانية ان من خصوصيات النبى صلى الله عليه وسلم ان هداياه له وفيها ايضا ضم الواعظ الى المفتى معللا بانه ربما يهدى للعالم لعلمه بخلاف القاضى وماذكر فى الفتح ان كل من عمل للمسلمين عملا حكمه فى الهدية حكم القاضى فظاهره انه يحرم او يكره قبولها على الوالى والمفتى وساق كلامه عليه وذكر ان الاصل فيه ما فى البخارى من انه عليه السلام استعمل ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا لى قال عليه السلام هلا جلس فى بيت ابيه وامه فينظر ايهدى له ام لا وهكذا وقع من عمر فى حق ابى هريرة فاخذ منه ما يهدى له ووضع فى بيت المال وتعليله عليه السلام دليل تحريم الهدية اقول ومن الله التوفيق ان ماذكر فى الخانية انما هو على سبيل الرواية وماذكر فى الفتح فهو على سبيل التخريج والعمل بالرواية اذ المجتهد ليس بغافل عما ورد فى الحديث والاثر صريح بمثله فى محله ثم ان صاحب الفتح فرع على تخريجه هنا بانه يجب ان يكون هدية المستقرض للمقرض كالهدية للقاضى فانما يقبل المقرض منه قد رما يهديه قبل استقراضه بلا زيادة اقول قد سبق فى آخر كتاب الحوالة ان الرواية على انه يحل حيث لم يكن مشروطا مطلقا ومن ذلك حمل صاحب البحر الرائق هذا

التفريع على السهو تدبر (قوله قدرا عهد) قيد لقوله من اعتاد مهاداته لان هدية القريب تقبل وان لم تكن له عادة قبل القضاء مالم يكن له خصومة وايضا هذا اذا لم يزد مال المهدى اما اذا زاد فزاد في الهدية بقدر ما زاد لا بأس بقبولها كما في الفتح (قوله اذ لو كانت لكان آكلا بقضائه) وذلك حرام كما في الغاية وانما حصر القبول فيهما بناء على كثرة وقوع الاهداء منهما وايضا له القبول من وال تولى الامر منه اووال تقدم ولايته على القضاء كما في التهذيب فله ان يقبلها من السلطان ومن امير لواء البلدة كما في البحر الرائق وللقاضي ان يأخذ في عقود الانكحة مالا ما لم يكن وليا اذ لا يحل له الاخذ لو وليا واختلفوا في تقديره والمختار للفتوى انه اذا عقد بكرا يأخذ دينارا وفي الثيب نصف دينار ويحل ذلك هكذا قالوا كما في البرجندي نقلا عن شرح ادب القاضي (قوله وهو ما لو علم المضيف الخ) هذا اذا لم يكن صاحب الدعوة ممن اعتاد اتخاذها له قبل تقلد القضاء اولم يكن قريبا للقاضي اما اذا كان كذلك وليس له خصومة فيجيبه وهو الاظهر كما في الخزانة وغيره واشار به الى ان له ان يجيب دعوة العامة وفي اجابته ثلثة اقوال احدها انه كغيرهم والثاني انه سقط فرض الاجابة والثالث انه لو كان مرتزقا لم يحضر والا يحضر كما في الحلية والعامة دعوة العرس والختان وما سواهما خاصة نص عليه القاضي النسفي وحسنه الكمال المحقق في فتحه وقد يعد منها ما يفعل في العيدين والعقيقة وقدوم من سفر الحج كما في المقدسي (قوله ويعود مريضا) المناسب ان يقول وعاد الا انه لم يفرق بين الماضي والمضارع هنا وعليه الافعال الاتية وهذا اذا لم يكن احد الخصمين اما اذا كان فينبغي ان لا يعود كما في الكافي (قوله وسوى بين الخصمين) ولو احدهما سلطانا والآخر حالا اومسلما وذميا وقوله جلوسا وينبغي ان يكون جلوسهما بين يديه بمقدار ذراعين اونحو ذلك جلوس متعلم من غير احتباء وتربع واقعاء ولو فعلا ذلك منعهما القاضي تعظيما للحكم ومجلسه وقوله واقبالا يفسر بالنظر والاشارة وعدم رفع الصوت على احدهما ونحوها هذا فيما في وسعه اما اذا تمنى بقلبه ان يظهر حجة احدهما فهو غير مؤاخذ بذلك كما في المبسوط (قوله ولا يلقنه حجة) للتهمة ولانه اعانة لاحد الخصمين واختلفوا في الافتاء لو مأذونا له والاصح انه لا بأس بان يفتي في المعاملات والعبادات في مجلس القضاء وغيره كما في مبسوط السرخسي ولكن لا يفتي لاحد الخصمين الى ان ينقضي الخصومة ولو افتاه يكره كما في الخزانة (قوله ولا يمزح الخ) يعني في مجلس الحكم ولا يكثر المزاح في غيره لانه يذهب المهابة كما في الشروح (قوله واستحسنه الخ) يريد به انه المختار اذ المراد ان دليله الاستحسان الاصطلاحي وعليه كلام الهداية حيث اخر قول ابي يوسف وسماه بالاستحسان ليدل على انه مختاره والفتوى على قول ابي يوسف فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته كما في القنية والبزازية (قوله فيما لا تهمة فيه) كترك لفظ الشهادة وترك الاشارة الى احد المدعيين فيعينه بقوله اتشهد بكذا وكذا وقيد به لان تلقينه في موضع التهمة لا يجوز بالاتفاق كما اذا ادعى المدعى الفا وخمسمائة والمدعى ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بالف فيقول القاضي يحتمل انه ابرأ من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علما فوفق به في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز كما في الفتح (قوله واذا ثبت الحق) اطلقه فشمل ما كان كثيرا اوقليلا ولو دانقا كما في الخلاصة وغيرها واطلق الخصم فشمل رجلا وامرأة حرا وقنا قريبا اوغيره ويعم الحبس كذلك ولكن يستثنى فيه الوالدان والاجداد والجدات اذ لاحبس لهم في دين الولد الا في نفقة صغير ولا حبس للمكاتب في دين الكتابة وغيرها للمولى وعليه الفتوى كما في المنصورية (قوله

باقراره ولم يذكر النكول) لدخوله في الاقرار لان حكمه كذلك كما في التهذيب (قوله امره) اي القاضي المقر الموافق لتحقيقه الآتي الخصم اذلا وجه لتخصيص المقر بالذكر وقوله بدفعه اي دفع الحق الثابت باقرار او بينة ولو قال المديون ابيع عرضي واقضي ديني اجله القاضي ثلثة ايام ولا يحبسه كما في البزازية واطلق الامر الناشيء من الحكم وهو واجب عليه بعد ظهور عدالة الشهود وصحة الدعوى حتى لو امتنع عن الحكم يأثم ويستحق العزل والتعزير كما في التبيين وذكر في سيف القضاة ان الحاكم يجب عليه فورا عند قيام البينة حتى لواخر الحكم بلا عذر عمدا قالوا انه يكفر انتهى وفي شرح المجمع هذا اذا لم يره واجبا عليه وهكذا في معين المفتي لصاحب المنح الغفار (قوله حبسه) اي القاضي الخصم ليقضيه ولو له عقار يحبسه ليبيعه ولو بثمن قليل ليقضي دينه وانما لايبيع فوت يوم ولو وجد من يقرضه ليقضي دينه فلم يفعل فهو ظالم اي آثم وللقاضي ان يستعين باعوان الوالي على الاحضار والحبس كما في البزازية وله ان يقيده اذا خاف من فراره كما في الخلاصة (قوله كما ثبت) الكاف للمفاجاة اي وقت ثبوته ويقال لقيته اول وهلة اي اول كل شيء (قوله والاحسن) ماذكره هنا وهو ان لايحبسه حتى يأمره بالدفع في الاقرار والبينة وهو قول الخصاف اختاره المصنف ايضا (قوله والصحيح انه مفوض الخ) هكذا في الهداية وذكر هشام عن محمد نحوه وكذا الصدر الشهيد كما في الفتح واحترز بهذا التصحيح عما قيل انه مدة شهر وقيل شهرين وقيل ثلثة وقيل اربعة وقيل خمسة وقيل ستة اشهر كما في المنبع فلو رأى اطلاقه بعد يومين فاطلاقه كلامهم ان للقاضي ذلك كما في المقدسي وذكر الطحاوي ان التقدير فيه بشهر لان ما زاد على الشهر في حكم الآجل ومادون الشهر في حكم العاجل فصار ادنى الاجل شهرا والاقصى لاغاية له وقال الصدر الشهيد في شرحه لادب القاضي قال شمس الائمة الحلواني ماقاله الطحاوي ارفق الاقاويل كما في غاية البيان (قوله فيما لزمه بدلا الخ) هذا في الدين واما في العين حبسه على تسليمها كما في التهذيب والعين كعين مغصوب ومبيع في بيع فاسد (قوله كثمن مبيع وقرض) الكاف هنا ليس بداخل على المحصور لان بدل الغصب من هذا القبيل كما ان الكاف في قوله كالمهر المعجل الخ ليس بداخل عليه ايضا لان الصلح عن دم العمد والصلح عن مال من هذا النوع كما في المنبع واستشكل بمؤجل المهر اقول لااشكال اصلا لانه من حيث هو المؤجل لاحبس له اذلا يطالب ولو ارتفع التأجيل بنحو التطليق يصير معجلا كما لايخفى (قوله او التزمه بعقد الخ) وقد اقتصر في الخانية على النوع الاول في ان القول للمدعي في يسار الخصم حتى قال وعليه الفتوى والحاصل قد وقع الاختلاف هنا على خمسة او جه والكل مذكور في المنبع وغيره والمصنف تبع فيه صاحب الهداية والكافي وعليه عامة اهل المتون والعمل بما فيها لانه اذا تعارض مافي المتون بما في الفتاوى فالمعتمد عليه مافي المتون كما في انفع الوسائل وكذا يقدم مافي الشروح على مافي الفتاوى كما في البحر الرائق هذا ضابط جيد فاحفظه (قوله لان الحال الخ) هذا تعليل النوع الاول وقوله واقدامه عطف على المال تعليل النوع الثاني والمراد بالغناء القدرة على الايفاء والافالدين قد يكون دون النصاب ويحبس به كما في الفتح (قوله وفي غيرها من الديون) وهي الديات وارش الجنايات وديون النفقات وضمان اعتاق العبد وبدل الكتابة وقوله فيحبسه هذه العبارة وقعت مرتين بعد قوله غناه وقبل قوله ثم يسأل قد كتبتا بالاحمر والاكثر تكتب به الثانية والاظهر ان الاولى وهي المتن والثانية مستغنى عنها كما لايخفى (قوله

ثم يسأل عنه من يستأنسه بجيرانه ومعارفه والواحد العدل يكفي والاثنان احوط في اخبار الاعسار ان
لم يدع الطالب اليسار وان ادعى فلابد من اقامة البينة على اعساره واقلاسه فان عجز حلف
الطالب انه لا يعرف انه معسر فان نكل اطلق المديون وان حلف ابد حبسه وكيفية الشهادة
عليه ان يقول الشهود نشهد انه مفلس لا نعلم له مالا سوى لباسه عليه وثياب ليلته وقد اختبرنا
امره في السر والعلانية وقد قال به ابو القاسم الصفار وهذا اتم وابلغ كما في المنح (قوله اطلقه)
اى من غير كفيل اذا حضر المدعى ولو كان غائبا اطلقه بكفيل وكذا في مال اليتيم كما في البزازية
وينبغي ان يكون مال الوقف كذلك كما في المقدسي والبحر الرائق (قوله على سبيل الاحتياط)
قال شيخ الاسلام السؤال بعد حبسه مدة يراها احتياطا وللقاضي ان يعمل برأيه ويترك السؤال
كما في التبيين (قوله وولده) وكذا لا يحبس لسائر الدين له والمراد بالولد الفرع فلا يحبس الاب
والام والجد والجدة وان علوا والجد الام ولا فرق بين الموسر والمعسر ولكن ينبغي اذا كان موسرا وامتنع
من قضاء دين فرعه ان يقضي القاضي من مال المديون ان كان من جنسه والا باع عرضه
ثم عقاره وهو الصحيح لئلا يضيع حقه كبيعه مال المحبوس الممتنع عن قضاء دينه كما في الشروح
وقد سبق في الحجر (قوله بل يحبس في الانفاق عليهما) وقيد بقوله عليهما لاقتضائه صدر
الكلام والا فكل من وجب عليه الانفاق وابى يحبس ابا كان اوابا جدا كان او جدة اوزوجا
لما صرح به المصنف كما في المنح والمديون صبي يؤمر ابوه اووصيه بقضاء دينه من ماله ويحبس
وان لم يوجدا فالرأي الى القاضي فيأذن في بيع بعض ماله للايفاء فلا يحبس الصبي الا بطريق
التأديب حتى لا يتجاسر الى مثله اذا باشر شيئا من اسباب التعدي قصدا اما اذا كان خطأ فلا
كما في كفالة المبسوط وللقاضي ان يحبس الصبي الفاجر على وجه التأديب لا العقوبة حتى
لا يماطل حقوق العباد فان الصبي يؤدب ليتزجر عن الافعال الذميمة كما في البزازية
نقلا عن المحيط وقيد في سراج الوهاج الولد بالصغر والفقر ولم يعصب اذ قد سبق حينئذ
في باب النفقة ان نفقة البنت البالغة التي في عياله والابن الزمن على الاب بل نفقة ابنه الكبير الطالب
العلم الغير المهتدى الى الكسب على الاب اقول ينبغي ان يحبس الاب في الانفاق على
ولده الطالب العلم الغير المهتدى الى الكسب ايضا كما لا يخفى (قوله تقضي المرأة) ولكن تأثم
كما يأثم موليها ما دام يوجد رجل من القوم يصلح للقضاء لقوله عليه السلام
لن يفلح قوم ولوا امرهم امرأة رواه البخاري والمسئلة في مجرد الصحة بمقايسة
بين الشهادة والقضاء اشار اليه المصنف في شرحه وقيد بالقضاء لان
نظارتها في الاوقاف ووصايتها على اليتامى صحت من غير اثم كما في الفتح وصحت
سلطنتها ووقع كثيرا كما في المقدسي ولو حكمت في حد اوقود فرفع الى
قاض آخر فامضاه ليس لغيره ان يبطله كما في الخلاصة وقضاء الخنثى يصح فيما ذكر للانثى فقط
لشبهة الانوثة كما في البحر الرائق (قوله ولا يستخلف قاض) القضاء اذا فوض لاثنين لا يلي
احدهما القضاء كما في الخلاصة والبزازية (قوله الا اذا فوض اليه) والمفوض اليه استخلف رجلا
واذن له في الاستخلاف جاز له الاستخلاف ثم وثم كما في الخلاصة اطلقه فشمل انه لو استخلفه قبل
وصوله الى محل قضائه صح لما ان المشهور ينعزل السابق بعلمه واما القول بانه لا يملك ذلك الا بعد
وصوله فانما هو على قول ابي يوسف الذي يجعل السابق متوليا الى حضور اللاحق كما في المقدسي
وقد جرت العادة في الدولة العثمانية انه لو ولي ببلد بعيد يرسل نائبا بل يرسل مكتوبا الى نائب

السابق اوغيره مستخلفا اياء فيقوم مقامه الى حضاره عملا بالمشهور اوللظاهر ان السلطان يأذن له للضرورة كما هو المصرح فى منشور البعض ثم الاستخلاف يكون بعذر و بغيره كما فى العناية (قوله ول من شئت) هذا صريح الاذن وجاز دلالة كقول السلطان جعلتك قاضى القضاة وهذه اقوى من الصريح اذ يملك القاضى حينئذ عزل نائبه بخلاف الصريح الا ان يقال ول من شئت واستبدل من شئت فحينئذ يملك عزله فان قاضى القضاة هو الذى يتصرف فيهم مطلقا تقليدا اوعزلا كما فى فتح القدير (قوله فانه يستخلف فى الصلوة للضرورة من سمع الخطبة) اطلقه ولكنه مقيد بان استخلافه من سمع الخطبة انما يلزم اذا احدث الخطيب بعدما خطب قبل الشروع فى الصلوة اما اذا استخلف بعد شروعه فيها جاز ان يستخلف من لم يدركها صرح به فى الشروح وقيد بالضرورة بالصلوة ولم ينصب لانه يجوز الاستخلاف فيها من غير ضرورة وهى العذر وقيد بالصلوة فى الاستخلاف اشارة الى انه لا استخلاف فى الخطبة من غير اذن من السلطان و لم ينصب فيه ايضا فان الخطيب يستخلف فى الخطبة وان لم يؤمر به عند كونه مريضا او مسافرا اوحصل له مانع صرح به صاحب البحر والمقدسى اخذا من فروع الكرابسى وغيره وقد سبق رد تحقيقه فى باب صلوة الجمعة وهذا الموضع من المواضع التى زلت قدم المصنف فى هذا الكتاب (قوله ونائب غيره) فيدخل فيه من كان مأمورا باستماع حادثة مع قاضى البلد لو استخلف رجلا ولم يفوض اليه كما هو المشاهد فى الاوامر الواردة فى الدولة العثمانية فقضى عنده اوقضى فى غيبته فاجازه صح وذكر فى السراجية ان القاضى اذا قضى للامام الذى قلده القضاء اولولد الامام جاز وهكذا فى البزازية وغيره وايضا ذكر فيهما القاضى اذا وقعت له حادثة اولولده فاناب غيره وكان من اهل الانابة وتخاصما عنده وقضى له اولولده جاز ولكن ذكر فى الملتقط ان القاضى اذا استخلف خليفة فقضى للقاضى لايجوز و الطريق فيه ان يتحاكما اوينصب الامام قاضيا آخر لهذه الحادثة وانت خبير بان بينهما مخالفة ظاهرة اقول يمكن ان يحمل ما فى الملتقط على ما اذا ترافعا الى من استخلفه مطلقا فانه يخشى من عزله لوحكم عليه وما فى السراجية يحمل على من نصب لاجل سماع هذه الحادثة هذا اولى من الحمل على اختلاف الرواية ولا قائل به ومن حمل ما فى الملتقط على ما اذا استخلف باذن فى الاستخلاف و غيره وما فى السراجية على ما اذا اذن له فى الاستخلاف فقط فان الاول يخشى من عزله والثانى يكون منصوب الامام ولا يملك عزله وفيه تخصيص جواز الانابة بمن فوض اليه الاستخلاف فقط والظاهر التعميم ثم الظاهر ينبغى ان لايختص هذا بالقاضى و ولده بل الحكم كذلك فى اصله وان علا وفرعه وان سفل بل فيمن لاتقبل شهادته ولو زوجته بالمقايسة الى الشهادة تدبر (قوله يمضى حكم قاض آخر) ى يحكم بمقتضاه و يلزمه بعد دعوى صحيحة من خصم على خصم عنده ولا يشترط احضار شهود الاصل بل يكفى شهادة من يحضر عند قضاء القاضى الاول سواء كان الاول باقيا على قضائه اومات اوعزل وسواء كان ذلك الحكم موافقا لرأى الثانى اومخالفا له بعد كونه عالما بالخلاف كما فى الشروح واذا ارتاب القاضى فى حكم الاول فله ان يطلب شهود الاصل كما فى الاشباه فظهر ان التنافى قيد الواقعة فى زماننا من غير رعاية لهذه القيود غير معتبرة ومستغنى عنها كما فى البحر الرائق و المقدسى اقول قد اشتهر فى زماننا ان الدعوى لاتستأنف مالم يرد الامر السلطانى باستئنافه (قوله اذ لامزية) تعليل لقوله يمضى و قوله فلوقضى قاض الخ تفريع على المستثنى وتفصيل له ثم التحقيق فيه ان الخلاف المعتبر ما كان فى الصدر الاول وهم الصحابة

والتابعون رضوان الله عليهم اجمعين فاذا اراد امضاء حكم قاض آخر وهو موافق لخلاف صدر في الصدر الاول سواء وافقه احد من المذاهب الاربعة اولا الا انه مخالف للكتاب او السنة المشهورة او الاجماع وان كان هو ظاهر المذهب لواحد منهم ولكن يفتى بخلافه فليس له ان يمضي ذلك الحكم هذا خلاصة ما في الخلاصة والشروح (قوله فلمخالفته الكتاب) ولمخالفته الاجماع ايضا فانه لم يقض احد من الصحابة بشاهد ويمين الا مروان ابن الحكم وفعله لا يؤخذ به والحديث الذي يتمسك به فشاذ لا يجوز العمل به فلا يكون هذا مجتهدا فيه فلم يعتبر اختلاف الشافعي فيه كما في المنبع (قوله هذا انما يذكر) جواب عن سؤال مقدر وهو ان لبس في الآية قصر على ما ذكر فلا يدل على نفي ما سبق من القضاء بشاهد ويمين فاجاب عنه ان قوله تعالى فان لم يكونا رجلين الآية انما يذكر لقصر الحكم عليه سيما في موضع البيان وقوله ولانه قال ذلك الخ دليل آخر على مخالفته الكتاب (قوله فلانه لا يخالف الحديث المشهور) وهو قوله عليه السلام لا حتى تذوقي من عسيلة الحديث فقول سعيد بن المسيب فيه بالحل خلاف لا اختلاف فكان الحكم به باطلا حتى لو افتى فقيه بقوله يعزر كما في القنية (قوله فلانه مخالف لما اتفقوا عليه في الصدر الاول) في الذبائح من الكافي قال ابو يوسف والمشايخ على ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى قاض بجواز بيعه لا ينفذ قضاؤه لانه مخالف للاجماع انتهى فظهر من هذا ان ما في الخلاصة ان القضاء بحل متروك التسمية عامدا جائز عندهما وعند ابي يوسف لا يجوز فقول لا يفتى بما نسبهما وهو قول بعض مشايخنا وكثير لم يحكوا الخلاف كما في الفتح (قوله واما الرابع) هذا من قبيل ما يخالف الاجماع وانما اورده مثالين اشارة الى من خالفه انما خالفه بناء على دليل الا ان دليله لم يعتمد عليه او على انه قول بزعمه ولم يكن له دليل مستنبط من اصول الشرع فالمثال الاول من قبيل الاول والثاني من قبيل الثاني ولذلك روي ابن عباس رضي الله عنه رجع عنه كما في الفتح والمنبع (قوله فان امضى) اي القاضي المرفوع اليه حكم قاض آخر اطلقه ولكنه مقيد بكونه مجتهدا فانه ثابت في بعض العبارات كما في الفتح ولذلك قال في القنية القاضي المقلد اذا قضى بخلاف مذهبه لا ينفذ (قوله ولم يخالف ما ذكر) من الكتاب والسنة المشهورة واجماع الامة (قوله لانتفاء اهلية الشهادة فيهم) اي في العبد والصبي والكافر وقوله عليه اي على المسلم او الكافر في الصورة الاولى وعلى مسلم في الصورة الثانية فينتفي اهلية القضاء فيهم عليه وانما علل عدم نفوذ قضائهم بعدم اهلية الشهادة لكون القضاء مستفاد من الشهادة هذا غاية التوجيه وانت خبير بان اللائق ان يعلل ويقول لانتفاء اهلية القضاء فيهم كما لا يخفى (قوله بعد ذلك اليوم) اطلقه فشمل ما هو قريب المدة كيوم وبعيدها كشهر صرح به في الاشتروشنية وقوله ولو ادعى قتله فيه اي في يوم كذا وهو اليوم الاول من رمضان مثلا وقوله بعده ظرف النكاح لا الدعوى اي بعد ذلك اليوم قريبا او بعيدا وقوله كذا اذا ادعى الخ من افراد هذا الضابط اتى به للتنوير (قوله بشهادة زور) قيد بها لان القضاء باليمين الكاذبة لا ينفذ باطنا وايضا لو قضى بشهاد تهم ثم ظهر انهم عبيد او كفار او محدودون في قذف لا ينفذ اجماعا لانها ليست بحجة بخلاف الفساق كما مر كما في البحر الرائق (قوله يعني العقود الخ) اشار به الى ان المراد بسبب معين العقد والفسخ فشمل عقد التبرع كالهبة والصدقة والبيع باقل من قيمته وهو المعتمد كما في العناية وغيره ولذلك اطلق المتن وان اثبت الروايتين عنه في شرحه وقوله ونحوه كالرد بالعيب وقوله

فانه ينفذ فيها عند ابي حنيفة وابي يوسف في قوله الاول واما في قوله الآخر فمع محمد رحمهم الله
كما في الشروح وظاهر الهداية في كتاب النكاح على ترجيح قول ابي حنيفة وعليه كلام المصنف
حيث لم يتعرض لقولهما في المتن ولكن قال ابو الليث الفتوى على قولهما والحاصل ان
في المسئلة اربعة اقوال قول ابي حنيفة رحمه الله حيث قال بالحل للثاني لا للاول وعندهما
لايحل للثاني ولا للاول للحرمة والشافعي بقول يطؤها الاول سرا والثانية علانية وعن شمس
الائمة ان قول محمد ان يحل وطؤا لاول قبل دخول الثاني ولايحل له بعد دخول الثاني لوجوب
العدة من الثاني فظهر ان فيما قالا تعطيل الفرج لانه لايحل للاول ولا للثاني ولايمكنها التزوج
بزوج آخر وفيما قاله الشافعي اجتماع رجلين على فرج امرأة في طهر واحد وهو قبيح فعرفنا
ان الاوجه ماقاله ابوحنيفة كذا في جامع المحبوبي كما في المنبع وظهر ان قول ابي الليث وبقولهما
نأخذ في الفتوى ليس كما ينبغي ولله در صاحب الهداية حيث رجح قول ابي حنيفة رحمه الله
ودر المصنف حيث لم ينقل فتوى ابي الليث في الشرح مع عدم تعرض لقولهما في المتن ثم الفسخ
شمل عتق الامة وطلاق المرأة كما في الولوالجية والوقف وشرا ئطه كالعتق كما في المقدسي
واشار بتفسير السبب المعين بالعقد والفسخ الى ان الميراث والنسب خرجا منه فينفذ فيهما
ظاهرا لا باطنا اجماعا كما في كثير من الشروح وفي بعضها نقل عن الخصاف انه ينفذ ظاهرا
وباطنا عند ابي حنيفة وقد سبق بعض التفصيل في باب الاختلاف في الشهادة (قوله بخلاف
الاملاك المرسلة) وهي اعم من ان يكون حقيقة او حكما فشملت دينا لم يبين سببه فانه لاينفذ
فيه ايضا باطنا بالاجماع فلاحاجة الى حذف الاملاك لتعم الدين ثم مالم ينفذ باطنا فيه يبقى على
ملك المدعى عليه فكان له ان يأخذ من يد المدعي ان ظفر لكن لامجاهرا اذ لو جاهر الاخذ لعد
غاصبا فيعزر او يفسق واما المدعي فلايسع له وطؤه لو المدعى جارية ولا لبسه واكله وركوبه
لو ثوبا وطعاما ودابة كما في المنبع وغيره (قوله وله ماروى) ولان ثبوت العقد او الفسخ
عنده بطريق الانشاء اولا فقضاء القاضي في الاول يكون انشاء له فينفذ ظاهرا وباطنا
ومن ذلك يشترط في المرأة ان يكون محلا للنكاح بان لايكون زوجة لاحد ولا في عدته ولايكون
مدعيـة بانها محرمة عليه بالردة او بالرضاع او بالمصاهرة او القرابة فان القضاء نافذ ظاهرا
لاباطنا بالاجماع ويشترط الشهود عند قوله قضيت على قول الامام عند عامة المشايخ وعلى
قول البعض لم يشترط ذلك لانه عقد ضمني ويشترط ان لايكون المهر يسيرا او المدعى عليه
امرأة ولا كثيرا فاحشا لو رجلا فلو كان كذلك لاينفذ باطنا لانه لايملك انشاءه بذلك ذكره
في الجامع وقضاؤه في الثاني اظهار للعقد السابق لو بينهما عقد سابق والا يقدم العقد اقتضاء
ضرورة صحة الاظهار لقطع النزاع بينهما اذ لو يثبت الحل بينهما باطنا لم ينقطع النزاع فان
احدهما يطلب التسليم تمسكا بالظاهر والآخر يمنعه تمسكا بالباطن كما في الشروح فظهر
ان قول الامام هو الاقوى كما لايخفى (قوله بخلاف رأيه) اشار به الى ان اختلاف الروايات
في قاض مجتهد اذا قضى على خلاف رأيه كما في المحيط فظهر ان القاضي المقلد اذا قضى
على خلاف مذهبه لاينفذ بالاتفاق كما في القنية والمنية على رمز (قع عك) وذكر في البزازية
ان المقلد اذا قضى بالفتوى ثم تبين انه موافق مذهب مجتهد ولكنه على خلاف مذهب
نفسه نفذ وليس لغيره ان ينقضه وله ان ينقضه كذا عن محمد وقال الثاني ليس له ان
ينقضه ايضا وهكذا في العمادية وقال في منية المفتي ويجوز القضاء في المجتهد فيه وان لم يكن

عن اجتهاد في الاصح انتهى وعليه كلام ابن وهبان في شرح المنظومة وذكر في البدايع
ان الاختلاف فيما اذا لم يكن القاضي مجتهدا اما اذا كان من اهل الاجتهاد وادى اجتهاده
الى مذهب خصمه فقضى به صح قضاؤه بالاتفاق هذا خلاصة كلامه اقول ان نفوذ
احكامه قضاة زماننا على خلاف مذهب القاضي سواء كان من اهل الاجتهاد اولا انما يصح
لو كان رخصة من جانب مقلد القضاء اما اذا لم يكن فلا ينفذ والمشهور ان المنشور يقيد بالعمل
بالقول الصحيح الراجح في مذهب ابي حنيفة مثلا فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى
حكمه ذلك وعليه كلام صاحب الفتح تدبر (قوله لانه قضى بما هو خطأ عنده) هذا تعليل
لعدم النفاذ سواء كان على قولهما او على احدى الروايتين عند ابي حنيفة والمرء يؤاخذ بما
اعتقده فيكون قضاؤه عبثا فلا يعتبر كما في الفتح وغيره اقول يظهر من هذا ان الحكم لو كان
خطأ ولو على زعمه ينقض (قوله قيل عليه الفتوى) وهذا معزى الى المحيط وهكذا في الهداية
كما ترى واستحق للسلطان ينقض هذا الحكم كما في فتاوى ظهير الدين المرغيناني والوجه هذا
الزمان ان يفتى بقولهما لان التارك لمذهبه عمدا لا يفعله الا لهوى باطل لا لقصد جميل كما في الفتح
واما الناسي لمذهبه فلا اعتبار لحكمه لانه خلاف ما ولاه المقلد كما سبق وما نقل من الصغرى
من ان الفتوى على قول ابي حنيفة قال في الخانية هو اظهر الروايتين عن ابي حنيفة واقول
وقد اختلف الترجيح والفتوى والارجح عدم النفاذ لما عرفت ان المعتمد ذلك في زماننا وايضا
فيه حفظ مذهب اصحابنا عن التطرق الى ابطاله بهذا الطريق وعليه كلام الامام ظهير
الدين المرغيناني وقد سبق بعض التفصيل في كتاب الكفالة (قوله لا يقضى على غائب ولا له)
اطلقه فشمل غائبا عن المجلس حاضرا في البلد وغائبا عن البلد وغائبا وقت الشهادة وغائبا
بعدها قبل التزكية وفيه اختلاف سيجيء والمختار نفاذ القضاء قال الامام السرخسي
هذا ارفق بالناس والظاهر انه فيما ثبت بالبينة لانه اذا اقر عند القاضي فغاب قبل القضاء عليه قضى
عليه لانه قضاء اعانة فاذا انفذ القاضي اقراره سلم الى المدعى عين حقه لو في يده وحبس حقه
لو غير موجود ولا يبيع العروض ولا العقار لان البيع قضاء على الغائب كما في شرح الزيادات
للعتابي وقيد بالقضاء لانه لو اخبر بان قال حكمت على فلان بكذا وهو غائب لا يصدق كما في
التهذيب للقلانسي (قوله الا بحضور نائبه حقيقة) ظاهر المتن ان القضاء قضاء على الغائب
او الميت لا على الوكيل او الوصي وقد صرح به في جامع الفصولين حيث قال ويكتب في السجل
انه حكم على الغائب او الميت بحضرة وكيله او وصيه وقوله في الشرح فينتصب الحاضر
خصما عن الغائب الخ ظاهره ان القضاء على الحاضر فيكون القضاء عليه كقضاء على الغائب
وقد صرح الجندي في فوائده به حيث قال قامت بينة على وكيل فغاب وحضر موكله
وبالعكس او على مورث فمات وحضر وارثه او على وارث فغاب وحضر وارث آخر يقضى
على الذي حضر بتلك البينة وسيصرح المصنف في آخر التحكيم هكذا اقول لا فرق بينهما
في المآل ولا فرق لاحدهما دون الآخر تدبر كما لا يخفى (قوله كوكيله ولو وكيلا للقضاء) كما اذا
اقيمت البينة عليه فوكل ليقضى عليه ثم غاب كما في القنية قيد به لان وكيلا نصبه القاضي وهو
المسخر فقد اختلف فيه ذكر شيخ الاسلام وشمس الائمة السرخسي ان الحكم على المسخر نافذ
وغيرهما من المشايخ قالوا انه غير نافذ وفي مفقود خواهر زاده انه نافذ وعليه الفتوى وحمل
الصدر الشهيد نفاذه على ما اذا لم يعلم القاضي بكونه مسخرا حتى لو علم لم يصح القضاء عليه

قيل في هذه المسئلة روايتان لان غايتها قضاء على الغائب وانما جوزوه في مواضع للضرورة منها مالو علق مديون طلاقا اوعتقا على عدم قضائه اليوم فتغيب الطالب وخاف الحالف الحنث نصبه القاضي وكيلا عن الغائب ودفع الدين اليه ولايحنث الحالف وعليه الفتوى كما في الخانية ومنها مالو اراد مشتر بالخيار رد المبيع في المدة فغاب البايع قيل نصب وكيلا عنه وقيل لا وقد سبق ان الاول هو المختار ومنها ما لو كفل بنفسه على انه ان لم يواف به غدا فدينه على الكفيل فغاب الطالب في الغد ورفع الكفيل الامر الى القاضي نصب وكيلا عن الطالب وسلم المكفول عنه اليه وهو رواية عن ابي يوسف غير ظاهر الرواية ومنهـا ما لو توارى الخصم ارسل القاضي امينا ينادى على بابه ثلثة ايام ثم ينصب عنه وكيلا للدعوى وهو قول ابي يوسف ايضا استحسنه لما ابتلي بالقضاء وعمل به حفظا لاموال الناس كما في جامع الفصولين وغيره وانما ادخل كاف التشبيه للاشارة الى عدم الحصر فالمتولى على الوقف كذلك واحد الورثة عن الباقين في دين الميت اوعليه وان لم يكن في يده شيء من التركة وفي عين ان كان في يده شيء منها كما في البحر الرائق واحد شريكي الدين خصم عن الآخر في الارث وفاقا وفي غيره عندهما خلافا لابي حنيفة قوله قياس وقولهما استحسان كما في جامع الفصولين ومن بيده مال الميت وان لم يكن وصيا ولا وارثا وفيه اختلاف المشايخ وكذا بعض الموقوف عليهم وتمامه في القنية من باب الدعوى والبينات في الوقت (قوله سببا) اى سببا لازما لاينفك عن المدعى بخلاف ماهو سبب له في حال دون حال كما في الوكيل بنقل العبد او المرأة الى مولاه اوزوجها الغائب فبرهن العبد او المرأة على انه حرره اوطلقها باينا اوثلثا يقبل في قصر يد الوكيل عملا بالسببية في حال لافي ثبوت العتق او الطلاق عملا بعدمها في حق الغائب كما في العمادية والذخيرة (قوله كما اذا برهن) مثال للغائب الحكمي والمدعى على الحاضر والغائب شيء واحد والسبب سبب لازم والمراد من ذي اليد المودع مثلا ومن هذا النوع ما اذا ادعى شفعة فقال ذو اليد هي دارى ماشريتها من احـد فبرهن انه شراها من فلان الغائب وهو يملكها وانا شفيعها يقضى بالشراء في حق ذي اليد والغـائب ومنه ايضا انه ادعى على آخر انه كفل عن فلان الغائب بما يذوب له عنه فاقر بالكفالة وانكر الذوب فبرهن المدعى انه ذاب له على فلان كذا يقضى به على الكفيل و الغائب وهذه حيلة في اثبات الدين على الغائب فقط بان يبرأ الكفيل بعد الثبوت هذه المسائل الثلث يثبت بها شيء واحد عليهما وخمس صور اخرى يثبت بها شيئان مختلفان فصلت في التتمة والخانية والمنية (قوله لاتقبل منها بينة) هكذا في بعض النسخ و لم يوجد لفظ منها في اكثر النسخ ولافيه لقيـام القرينة واما اثبـات ضمير المذكر فتحريف من الناسخ اذلاوجه له (قوله في الاصح) اشار به الى ان فيه اختلاف وهو ان بعض المتأخرين و منهم فخر الاسلام البزدوى و فخر الاسلام الاوزجندى افتوا بقبول البينة منها فيقضى بوقوع الطلاق من الغـائب ايضا لان الدعوى كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط ولكن الاصح مااختاره المصنف كما في عامة الفتاوى (قوله متعلق بقوله لايقضى على غائب) اشار به الى ان هذا الاختلاف في النفاذ وعدمه انما كان في مسائل غير المستثناة واما في المستثناة فنافذ بالاتفاق (قوله فقيل ينفذ) وهو اظهر الروايتين عن اصحابنا صرح به المصنف في باب خيار العيب ولكن صرح قبيل فصل كتاب الكفالة بعدم النفاذ وقال الكمال المحقق ابن الهمام والذى يقتضيه النظر ان نفاذ القضاء على الغائب موقوف على امضاء قاض لان نفس القضاء هو المجتهد فيه فهو كقضاء المحدود في قذف

ونحوه وحبث قضى عليه فلا يكون عن اقرار عليه انتهى قال العلامة محمود بن قاضي سماونه في جامع الفصولين قداضطرب آراؤهم وبيانهم في مسائل الحكم للغائب وعليه ولم يصف ولم ينقل عنهم اصل قوى ظاهر يبنى عليه الفروع بلا اضطراب ولااشكال فالظاهر عندى ان يتأمل المفتى اوالقاضي في الوقايع ويحتاط ويلاحظ الحرج والضرورات فيفتى اويقضي بحسبها جوازا اوفسادا واتى فيه بفروع ينبغي ان يحكم على الغائب اوله فيها وكذا ينبغي ان يفتى المفتى بجوازها اقول هذا هو اللايق ان يكون مصيرا اليه في وقايع الغائب واولى مما قاله صاحب البحر الرائق بان الفتوى على النفاذ فيما اذا كان المقضى له اوعليه المفقود وعلى عدم النفاذ في غيره وان اتى شاهدا لمدعاه من الخانية تدرب (قوله يقرض اى القاضي مال الوقف الخ) اى يستحب له ذلك وقيده في القنية وجامع الفصولين بما اذا لم يكن له وصي اما لوكان ولومنصوب القاضي فلايملكه وقيد الامام ظهير الدين في الاقضية بان هذا اذالم يجد من يشتريه بغلة ولونسئة اما اذاوجده اووجد من يضارب فلا يملك الاقراض اذ في الشراء والمضاربة يحصل ربح وذاانفع وقيد العيني نقلا عن تاج الشريعة بانه انما يقرضه من هو ملى حسن المقابلة وذكر الزيلعي وغيره ويتفقد احوال المستقرض حتى لواختل حاله يأخذ منه القرض متولى الوقف كالوصي فلواقرض ضمن ويضمن المستقرض وليس له ايداعه الا من هو في عياله كما في الخلاصة والمتولى اذااقرض ما فضل من المصرف صح اذا كان احرز من الامساك ولواستقرض للوقف فله ذلك ان شرط الواقف والافيرفع الامر الى الحاكم ان احتاج كما في المقدسي ثم اقراض الوصي والمتولى لايعد خيانة فلايعزل به كما في جامع الفصولين واستثنى اقراض الاب والوصي والمتولى للضرورة كحرق ونهب فيجوز اتفاقا كما في البحر الرائق ثم للقاضي ايداع مال غائب ومفقود واقراضه وله بيع منقوله لوخيف تلفه ولم يعلم مكان الغائب كما في جامع الفصولين وفيه تفصيل (قوله والقاضي) يقدر على التحصيل حتى لو لم يجد الشهود لموت اوغيبة قضى بعلمه واستخرج كما في فتح القدير (قوله من صلح قاضيا) ويشترط ان يكون الحكم اهلا للشهادة والقضاء وقت التحكيم ووقت الحكم ولم يصح تعليق حكمه بالاختيار واضافته الى المستقبل لانه لما كان فيه معنى الصلح وكان فيه معنى التفويض والتولية وذهب الى الاول ابو يوسف والثاني محمد اشتبه الامر فلم يصح [illegible] كما في الذخيرة مفصلا واشار باطلاقه الى انه صح تحكيم المرأة اوالفاسق كما في الخلاصة [illegible] ان لايحكما فاسقا لما سبق كما في الكافي (قوله في غير حد الخ) اشار به الى ان التحكيم [illegible] في الاموال والطلاق والعتاق والنكاح والكفالة بالمال والنفس بل في جميع المجتهدات وهو الصحيح واراد بالحد مطلقا في الاصح كما في الولوالجية فيدخل فيه حد القذف بل اللعان لقيامه مقام الحد كما في المقدسي واشار بقوله اودية على العاقلة الى انه يجوز في دم عمد وبالجملة ان التحكيم لما صح في جميع القضايا سوى المستثناة منعوا الافتاء بصحته سواء كان في المجتهدات اوغيرها وعليه اطلاق كلام المصنف دفعا لتجاسر العوام بل الخواص ايضا على ذلك فيقل الاحتياج الى القاضي المولى فلايبقى لحكام الشرع رونق ولالمحكمتهم جمال وزينة وحفظا لاحكام الشرع بيانه ان السلف انما يختارون للحكم من كان عالما صالحا دينا فيحكم بما يعلمه من احكام الشرع ولو بما ادى اليه اجتهاد المجتهدين فلوقيل بصحته اليوم تجاسر العوام ومن كان في حكمهم الى تحكيم امثالهم فيحكم الحكم بجهله بغير ماشرع الله تعالى من الاحكام وذا مفسدة عظيمة ولذلك افتوا بمنعه هذا ماظهر

للعبد الفقير اليه سبحانه وتعالى بعد تتبع المفصلات والمختصرات العلم عند الله الملك الوهاب (قوله صح) اى حكمه عليهما ونفذ ولاينفذ على غيرهما لان لهما ولاية على انفسهما لاعلى غيرهما حتى لوطعن المشترى بعيب وحكم هو والبايع حكمافرده على البايع لم يكن له ان يرده على بايعه لان حكمه فى حق البايع الاول صلح الااذا اصطلحوا جميعا على حكمه فحينئذ يرده على البايع الاول استحسانا كما فى المحيط ثم اذا حكم لابد له من الاشهاد فى مجلس حكمه على حكمه اذ لو لم يشهد عليه لايصدق على قوله حكمت بينهما بكذا وكذا ولاينفذ عليهما لما سيجئ ان اخباره بحكمه لايصح (قوله قلنا شرط وجود الشئ لا يجب ان يكون الخ) هكذا فى جميع النسخ ولكن التحقيق فى الجواب عنه ان الشرط مايتوقف عليه وجود الشئ لاثبوته فالشرط مايوجد الشئ عند وجوده لابوجوده اذهوشان العلة فههنا حكم الحكم ثبوته بكون الحكم حكما ووجوده متوقف على رضاهما اذ هوشرط حكمه ومن شان الشرط الجعلى ان لا يجب شرطا لبقاء المشروط اى بعد وجوده كالشهود للنكاح والطهارة للصلاة وما نحن فيه كذلك اذفوت الرضاء بعد حكم الحكم لم يضره وهو المسئلة الاتية واما قبل حكمه فرضاهما شرط اوجوده وانتفاء جزء الشرط عند كونه ذا اجزاء يخرجه عن الاعتبار كما فى العلة ومن ذلك ينتفى عند فوت رضى احدهما اذاعرفت هذا فجواب المصنف عنه بعيد عن الاعتبار وعلى ماقلنا ما اجاب عنه صاحب الكافى بان احدهما اذا لم يرض بالتحكيم لا يبقى كما لا يثبت ابتداء بلا رضاه و اجاب الزيلعى عنه بان التحكيم من الامور الجائزة من غير لزوم فيستبد احدهما بنقضه كما فى المضاربة والشركة والوكالة و اجاب فى المبسوط بان هذا الحكم كالصلح فيرجع احدهما قبل تمامه و بعده لا وهكذا فيه (قوله و زوجه) اى زوجته وهو الظاهر ويجوز ان يراد به اعم اذالمرأة صح ان تجعل حكما لما سبق فظهر انه يجوز حكمه للاخوة والاخوات واولادهم والاعمام وكذا لابى امرأته اوزوج ابنته الحى لاالميت كما فى المقدسى (قوله بخلاف حكمهما) اى المولى والحكم ظاهر ارجاع الضمير يقتضى كون قوله لحكم المولى متنا وان لم يكتب بالاحمر فى عامة النسخ (قوله امضاه) وفائدة هذا الامضاء ان لا ينقضه قاض يرى خلافه اذارفع اليه لان امضاه بمنزلة قضائه ابتداء وعلم من هذا ان التنافيذ الواقعة فى زماننا الخالية من الترافع عند قاض لاعبرة بها لعدم الخصم الشرعى عندها ولوحلف حكم مظلوبا فادعى عليه ثانيا عند قاض لايحلفه لاستيفائه حقه كما فى المقدسى (قوله فرق بين هذا الخ) اى جعل فرق بينهما وقوله ووجهه اى وجه ذلك الفرق وقوله وكذا لوغاب المدعى عليه هكذا فى اكثر النسخ وفى بعضها لو مات فعلى الاول يقيد قوله يقضى بها على الوارث بقولنا اومات المدعى عليه وقوله على نائب الصغير عبر بهذا فيدخل فيه الاب ثم وصيه ثم الجد ثم وصيه فان لكل منهم ولاية فى مال الصغير فى رتبته على ماسبق تفصيله فى آخر كتاب المأذون

﴿ باب كتاب القاضى ﴾

افرد هذا الباب بالذكر واخره لان مافيه اما محتاج الى قاضيين فهو كالمركب بالنسبة الى ماقبله واما عمل يحتاج اليه بعد الحكم اولا فالاول كتاب القاضى الى القاضى والثانى السجل ويتبعه المحضر والصك والوثيقة فالكل من عمل القضاة ولذلك ذكره فى كتاب القضاء (قوله ولوكان المراد بالخصم هو المدعى عليه) اووكيله كما فى فتح القدير فظهر منه ان المراد من الوكيل عن الغائب فيماسبق اعم من وكيل قبل المدعى وكالته من غير ان يثبت وكالته على خصم جاحد تدبر (قوله و الاحسن ان يقال ان قوله

فان شهدوا الخ) اخذه من الكفاية ومشى عليه غاية البيان وصدر الشريعة وان وافق صاحب الفتح بماقاله به صاحب النهاية ومشى عليه صاحب العناية والبيانية وانت خبير بان ما اختاره المصنف صواب بل حسن بل احسن لايخفى على من تأمل ثم كون كلام غير مقصود بالذات في الباب لايمنع افادة فائدة بل فوائدى هنا فلا يكون في قوله فان شهدوا شائبة اللغو كما ظن (قوله وترك ههنا قوله الى القاضي لان هذا الباب غير مختص به الخ) يريد به ان كتاب القاضي باطلاقه يشمل كتابه الى القاضي الآخر وهو الكتاب الحكمي ويشمل كتابه المسمى بالسجل والمحضر والصك والوثيقة فيدخل الكل تحت هذا الباب مقصودا بالذات اذا عرفت هذا فاعلم ان المصنف لما عنون الباب بكتاب القاضي وشمل باطلاقه السجل والكتاب الحكمي وغيرهما بدأ بالاول فقال شهدا على خصم حاضر الخ ولم يكن هذا القول في كتابه لمجرد التوطئة وكان مقصودا بالذات ايضا وهو بيان مايطلق عليه السجل سواء رفع الى قاض آخر للتنفيذ اولا واطلق الخصم فيراد به كل من يمكن ان يكون خصما وهو المدعى عليه او الوكيل عنه او المسخر او الوصي او المتولي اوغيره على ماسبق منا التفصيل هذا غاية تحقيق المقال في استواء الحال ولامانع لكلام المص ان يكون عليه فانظر ماذا ترى (قوله وقد سجل عليه القاضي به) اى اثبت حكمه في السجل ولذلك يلزم العمل به وان كان المكتوب اليه لايرى ذلك الحكم لصدوره في محل مجتهد فيه بخلاف الكتاب الحكمي على ماسيجيء انه لايكون الاقبل الحكم ثم السجل انما يكتب لئلا ينسى الواقعة على طول الزمان اولانه اذا قدر انه غاب بعد الحكم عليه وجحده فحينئذ يكتب اليه ليسلم اليه حقه اولينفذ حكمه والاقدتم الحكم بحكمه على خصم بنفسه اومن يقوم مقامه كما في الشروح (قوله فالسجل الخ) هذا باطلاقه يشمل ماهو كتاب كبير يضبط فيه وقايع الناس سوى مايحكم به القاضي وهذا هو السجل في عرف ديارنا ولامخالفة بين العرفين لاحتوائه حكم القاضي (قوله والاول يكون الخ) ويكون في صورة رد المبيع على البايع الاول وهو في بلدة اخرى وكذا لوحكم على الوكيل واراد ان يرجع الى الموكل ليأخذ المدعى عنه وهو في بلدة اخرى وقوله يكتبه القاضي جواب اذا وقوله لم يحكم اى القاضي وقوله وكتب بها عطف على قوله لم يحكم (قوله لم يحكم بتلك الشهادة) لما مر ان القضاء على الغائب لايصح ولو كتب ولم يخرج من يده حتى رجع الخصم لايحكم عليه بتلك الشهادة التي سمعها من شهود الكتاب بل يعيد المدعى شهادتهم لان سماعه الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء وانما يستفيدها لو كان الخصم حاضرا وقت شهادتهم كما في فتح القدير (قوله وكتاب القاضي الى القاضي) اشار به الى ان الكتاب لوكان من القاضي الى المحكم اوعلى العكس لاتقبل والى ان بينهما مسيرة سفر فلا يقبل فيما دون مسيرة سفر عند اكثر العلماء كما في المنح هذا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان كان بمكان لوغدا الاداء الشهادة لايستطيع ان يبيت في اهله صح وفي السراجيه وبه يفتي و في فيض الكركي وعليه الفتوى والى انه يقبل من قاضي مصر الى قاضي مصر آخر والى قاضي السواد والرستاق لكن لايقبل من قاضي الرستاق الى قاضي مصر كما في السراج وذكر في منية المفتي عدم القبول في ظاهر الرواية وفرعه على كون المصر شرطا لنفاذ القضاء في ظاهر الرواية وقد سبق ان الفتوى بغير ظاهر الرواية فيقتضي هذا صحة كتاب قاضي الرستاق الى قاضي مصر ايضا عملا بالرواية المفتى بها وذكر في نوادر هشام ان كتاب القاضي الى القاضي فيما دون السفر بل في مصر واحد يجوز وهكذا في الخلاصة والمنية وانت خبير بان هذا مبني على قول بعض العلماء (قوله لان مضمونه ذلك) اى نقل الشهادة

اذ لم يكن منه حكم واشار بكونه نقل الشهادة حقيقة الى ان الكتاب الحكمي او وقع في مجتهد فيها اوالمكتوب اليه لم يره لايقبله لان الاول لم يحكم به وانما نقل الشهادة بكتابه الى مجلسه فيحكم به اذا وافق رأيه والا فلا بخلاف ما اذا قضى به الاول واعطى له سجلا والحاصل ان سجل القاضي الى القاضي لايكون الا بعد الحكم وكتاب القاضي الى القاضي لايكون الا قبل الحكم كما في المنح معزيا الى المبسوط (قوله كالدين) وكذا ايفاؤه اوابراءه اذا قال المديون ان صاحب الدين قد تعرض لي فيما ادعى فاسمع شهودي يسمع ويكتب واما اذا طلب سماع شهوده على ابراء اوايفاء دين وكتبه كتابا خوفا من رب الدين ان يدعى عليه اذا ذهب اليه لم يكتب عند ابي يوسف ويكتب عند محمد كما في الخانية (قوله والوصية) وكذا الايصاء وقوله والامانة اي من العارية والوديعة وقوله والشفعة وكذا تسليمها اذا قال مشتري الدار ان الشفيع قد تعرض لي فيما ادعى فاسمع شهودي يسمع ويكتب واما اذا طلب ذلك لمجرد خوفه من ان يتعرض الشفيع يكتب عند محمد وهذا احتياط منه تحرزا عن تضييع الحقوق كما في الخلاصة (قوله عند الدعوى) ظرف للاشارة وقوله عن القول الاول وهو عدم القبول في المنقول مطلقا وقوله بشرائطه وهي بيان حلية العبد وصفته واسم سنه والدار التي جلب منها وقوله وعليه المتأخرون للحاجة وتعامل الناس وقوله وعليه الفتوى توسعة للامر على الناس وحفظا لهم عن ضياع حقوقهم وفي هذا المعنى لافرق بين المنقول وغيره وبالقبول في الجميع قال مالك واحمد والشافعي في قول كما في المنح وقال ابن ابي ليلى بالقبول في الجميع كما في البيانية (قوله لان فيه شبهة البدلية الخ) وهما يسقطان بالشبهة (قوله وذكر اسمه) اي اسم القاضي الكاتب اراد به ان يعنون ويكتب اسمه في المكتوب ونسبه اي اسم ابيه وجده وهكذا المراد من انساب الشهود كما في المقدسي وغيره وذكر فيه ايضا انه يكتب فيه اسم المدعى والمدعى عليه على وجه يقع التمييز بذكر جدهما (قوله ولا يكفي ان يكتب عمن له ذلك) اي ان يكتب شهد غب الدعوى الصادرة عمن له ذلك الدعوى بل لابدان يكتب مصرحا عن فلان ابن فلان وقوله شهادة مفعول مطلق لقوله شهد (قوله او يعلمهم) الظاهر ان يقال او علمهم به اي بما فيه لانه عطف على قرأه واشار به الى ان القراءة اعم من ان يكون حقيقة او حكما (قوله وهذا) اي التسليم عند ابي حنيفة ومحمد واما على قول ابي يوسف لايسلم الكتاب الا الى المدعى وهو اختيار الفتوى على قول شمس الائمة السرخسي وعليه عمل القضاة اليوم كما في المنح (قوله وليس الخبر كالمعاينة) لان الخبر يحتمل الصدق والكذب وليس في المعاينة احتمال (قوله وعليه المتأخرون) وهو المختار للفتوى وعمل القضاة اليوم على هذا كما في البرجندي والخلاصة (قوله فالحاصل الخ) والحاصل ان ابا يوسف في قوله الاخير لم يشترط شيئا من هذه الاشياء بل يكفي عنده انه اذا اشهدهم ان هذا كتابه وختمه فشهدوا على الكتاب والختم عند القاضي المكتوب اليه يقبل شهادتهم وماقالا احتياط وماقال ابو يوسف تسهيل واجمعوا في الصك ان الاشهاد لايصح مالم يعلم الشاهد مافي الكتاب فاحفظ هذه المسئلة فان الناس اعتادوا بخلاف ذلك كما في الحماية نقلا من النهاية وهكذا وصى به الكاكي (قوله لانه صار واحدا من الرعايا) فان اخباره ثبت في غير محل ولايته فلايعمل به فكذا اذا كتب اليه لايعمل بكتابه بل اولى ان لايعمل به لكن العمل بكتابه جوز استحسانا بأثر علي رضي الله تعالى عنه باجماع الصحابة والتابعين فيما يثبت بالشبهات الخ كما في المنح وقوله بالشبهات اي مع الشبهات او بحجة فيه شبهة والتعبير بالباء تارة ومع اخرى اتي به في الشروح

(قوله اذ اكثر الناس يعجزون) ولان القاضي الثاني يحتاج الى تعديل الاصول وقد يتعذر ذلك في بلده وبالكتاب استغنى عن ذلك لانه يكتب بعدالة الذين شهدوا عنده كما في الفتح القدير وغيره (قوله فيحتاج الى نقل الشهادة بالكتاب) الا ان لهذا النقل حكم القضاء فيشترط فيه كون الناقل قاضيا والعدد للشاهد ولفظ الشهادة ووجوب النقل على القاضي بسماع البينة كما في الدراية (قوله احترازعن المحكم واحترازعن المولى من اهل البغي) فان قاضي اهل العدل لايعمل بكتاب قاضي اهل البغي بل يرده كسائر قضاياه كما في المنبع اقول المراد برده سائر قضاياه رد مارفع اليه للامضاء فيما كان مجتهدا فيه لان الظاهر من جواز التقلد منهم صحة قضاياه وعدم الاستثناء فتدبر كما لايخفى (قوله لان شهادتهم ملزمة) ولذلك لم يجز شهادتهم على قضاء القاضي اذ هي شهادة على فعل القاضي وشهادتهم لايكون حجة في اثبات فعل المسلم كما في المبسوط في فصل شهادة اهل الكفر (قوله فاذا حلف قبل) اى قبل وصول الكتاب اليه وتوجه اليمين عليه وهو حلفه في مجلس القاضي الكتاب وقوله يندفع ذلك اى دعوى الغائب الاداء من غير بينة هذا هو المراد تدبر (قوله فان انقطع الشهود) بمرض اوبدوا لرجوع الى وطنهم او بدو السفر الى بلدة اخرى كما في الخانية وقوله اشهدا الظاهر اشهدوا ولكن الاظهر ان يقول اولا فان انقطع الشاهدان اووصلا لان الاثنين اول مرتبة البينة فيكتفى به وهوناظر الى المسئلتين على سبيل البدل اى اشهدا عند قاضي مكان الانقطاع اوعند القاضي المكتوب اليه والضمير المستكن في كتب وانهى راجع الى القاضي الثاني على سبيل البدل ايضا وقوله الى من انهى اليه الاصل ناظر الى المسئلة الاولى وقوله الى آخر ناظر الى الثانية ثم او انقطع الفريق الثاني اشهدوا فريقا آخر ثالثا اورابعا اوعاشرا وان كثر كما في الخانية ولايذهب عليك ان المصنف لم يتصد الى بيان هذا التفصيل في المسئلة الاولى حوالة الى انفهامه من تفصيل الثانية كما هو الظاهر من تفسيرتم وثم ولكن المتن متين يقبل التعميم فيكون معناه ثم يفعل كذلك في كل من صورتى الانقطاع وتعذر وجد ان الخصم ولو كثرهذا الفعل الى ان يصل الخ ويكون من في قوله من يكون اعم من المكتوب اليه ومن قاض وجد الخصم في ولايته ومثل هذا الاجمال من دأبدن ارباب المتون لاجل الاقتصار والحق ان كلامه خال عن الركاكة وكعبه عال من عدم الاطلاع على المراد من المأخذ تدبر العلم عنده تعالى (قوله ثم انه) اورد بلفظ ثم اشارة الى ماذكره مسئلة مستأنفة كما صرح به في الشرح والضمير المنصوب عائد الى القاضي المكتوب اليه الا انه لما ظهر بما سبق انه اعم من ان يكون مكتوبا اليه ابتداء اوانتهاء عممه في التفسير تكميلا للفائدة ولامانع له على ان قوله من يكون الخصم تحت ولايته لما كان اعم من كونه مكتوبا اليه ابتداء اوانتهاء كما سبق الاشارة اليه ظهر ان لاغرو ان يرجع الضمير اليه وصار تذييلا له كما هو الواقع في الخارج وبالجملة لاحزازة في كلام المصنف هنا كما لايخفى (قوله لانه بمنزلة اداء الشهادة على الشهادة) حيث يشترط فيها حضور الخصم عند الاداء ولم يشترط عند التحمل فكذا هنا كما في البيانية وغيره (قوله فكذا لايفتح الكتاب الابحضرة الخصم) الظاهر ان يقال لايسمع الكتاب كما هو الموافق لسياق كلامه وسياقه في الشرح الا ان الفتح والقبول والسماع كل منهما لما استلزم الآخر هنا فلا بأس ان يستعمل كل منهما مقام الآخر هذا ثم لما كان سماع الكتاب الحكمي كفرع على سماع الشهادة على الشهادة قال فكذا لايفتح الخ بفاء التفريع لان مسئلة الفتح متفرع على مسئلة المتن ولان الفتح امر وراء القبول كما ظن كل منهما تدبر

(قوله وهذا) اى فتح الكتاب وسماعه للحكم فيشترط فيه حضور الخصم وترك المصنف ذكر النظر الى ختمه بناء على انه خلاف ماعليه المتأخرون فلاحاجة لذكره وهذا تنقيح من المصنف كتابه عماهو مستغنى عنه ولله دره وشكر الله سعيه (قوله وعدلوا الظاهر) والموافق لقوله شهدا وعدلا بان كان يعرفهما القاضى عدالتهما او سأل من يعرفهما فزكا او وجد فى الكتاب عدالتهما كما فى البحر الرائق والمقدسى اقول يظهر منه انه لوسئل عن عدالتهما عند طعن الخصم وقالا عدلنا او كتب تعديلنا فى الكتاب بفتح (قوله قال فى الكافى الصحيح) وهكذا فى الهداية معزيا الى الخصاف وقد صححه فى ادب القاضى وهو مخالف لما اختاره الصدر الشهيد فى المغنى حيث قال وماقاله محمد من تجويز الفتح عند شهادة الشهود مطلقا اصح وهو المذكور فى مختصر القدورى وكلام البرجندى على ان هذا بناء على قول ابى يوسف وهو توسيع وتصحيح الكافى بناء على قولهما وهو احتياط اقول اشتراط التعديل مبنى على اشتراط الختم والنظر اليه كما هو الظاهر من التعليل وقد سبق ان ذلك خلاف مااختاره المتأخرون ولذلك لم يذكر اشتراط النظر اليه فاللائق عليه ان لايذكر التعديل ايضا ليتوافق آخر كلامه اوله فيظهر منه ان تصحيح الصدر الشهيد فى المغنى ارجح كما لايخفى (قوله او زوال اهلية القضاء عنه) بالجنون اوالردة اوالحد فى قذف اوالعمى كما فى التبيين او بالفسق اذا تولى وهو عدل ثم فسق على مامر من قول بعض المشايخ كما فى العناية وحاصله انه لو كتب وهو عدل ثم طرأ الفسق يبطل كتابه عند البعض كما فى المقدسى اقول المذكور فى الخانية والمنبع والبيانية بطلانه بالفسق من غير تقييد بقول البعض والظاهر انه هو الصحيح لما ان التحقيق فيه ان كتاب القاضى الى القاضى ثبت استحسانا بالاثر والاجماع خلاف القياس فيختص بمورده ودوام العدل فى المورد هو الظاهر فيظهر ان الكاتب لو فسق بعد الارسال يبطل كتابه مطلقا تدبر كما لايخفى (قوله قبل وصوله اليه وقراءته) هذا هو المراد اذ مجرد الوصول لايكفى مالم يقرأ عليه لانه انما يجب عليه القضاء بعد القراءة كما فى الفتح وغيره (قوله ولهذا) اى ولكون قبول النقل باعتبار الولاية لشرعية لو التقى قاضيان فى عمل احدهما اى فى بلدة كان احدهما على عمل القضاء فيها ولم يكن كلاهما قاضيين فيها وقوله فاعمل امر حاضر وهذا التذييل مأخوذ من الخلاصة والذخيرة (قوله جوزه ابو يوسف) لان اعلام المكتوب اليه وان كان شرطا فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الاجمال والتجهيل فصار قصديته وتبعيته سواء فظهر ان قول ابى يوسف هو الوجه كما فى الفتح واستحسنه كثير من المشايخ تسهيلا للامر وعليه عمل الناس اليوم كما فى الخلاصة (قوله فعلى المدعى اثباته) قد سبق تفصيله فى باب الشهادة على الشهادة تذكر (قوله اوطعن) عطف على قال وجواب ان المقدرة (قوله سمع القاضى) هذا الطعن واوضح نفس متكلم من الايضاح وهذا وذلك اشارة الى الطعن وطعنه فى حق القاضى زواله عن القضاء او اهليته قبل وصوله اليه وقوله فلا يمتنع جواب لشرط مقدر اى اذا لم يكن هذه الاشياء جرحا مفردا مجردا فلا يمتنع الخ وقوله انه قيل لفظ من محذوف هنا بيان لما الموصولة وقوله مقبولة خبران فى قوله ان الشهادة وقوله غير صحيح خبران فى قوله انما ذكره وقوله فى الكتاب اى فى كتاب القضاء من شرح الجامع الصغير (قوله وان مات) اى الخصم وهو المدعى عليه كما هو مقتضى السباق والسياق نفذه اطلقه فشمل ما اذا كان تاريخ الكتاب بعد موت المدعى عليه او قبله كما فى الخانية واشار بالتصوير على المدعى عليه الى انه لو مات المدعى فقيام الوارث اوالوصى

مقامه بالطريق الاولى لان قيام الغير مقامه فى الكتاب الحكمى صحيح فى حبوته كنصب الوكيل على ماسيجئ وقوله لقيامهم الظاهر لقيامهما بل الاظهر لقيامه وايراد الجمع لارادة الجنس والتحقيق فيه ان تنقيح الشرح ليس كتنقيح المتن و العبارة فى الهداية الورثة لقيامهم كما لايخفى (قوله جاز نقل شهادة شاهد واحد) ذكر فى المحيط نقلا عن الخصاف ان القاضى يكتب شطر الشهادة بل شهادة امرأة اوشهادة على شهادة لما ان الاحتياج الى الكتاب ضرورة تعذر الجمع بين الخصم وشهوده فكذلك يحتاج فيه الى شطر الشهادة اووصفه لان الانسان ربمايكون بعض شهوده فى هذا البلد و بعض آخر فى بلدآخر فيجوز الكتاب كماوجد الى ان يبلغ الى كمال النصاب (قوله واختلف فى حكمه بعلمه) اقول ذكرهذه المسئلة ليس فى محله بل محله فيماسبق بعد قوله وعمل بالبينة نعم لو قال واختلف فى كتاب القاضى بعلمه كما فى قضائه بعلمه لكان فى محزه وصارافيد وذكر فى المحيط ايضا ان القاضى لو علم بحق يكتب بعلمه لوعلم به حالة القضاء بالاتفاق واوعلمه به قبل القضاء فعند ابى حنيفة لايكتب وعندهما يكتب وقيل يكتب فى الوجهين جميعا فى قولهم جميعا وفرقوا لابى حنيفة بين القضاء والكتاب وذكر فى المنبع نقلا عن شرح ادب القاضى للصدر الشهيد ان القاضى لايقضى بعلمه فى الحقوق الخالصة لله تعالى حد الزنا وشرب الخمر والسرقة بالاجماع واما فى حقوق العباد كالطلاق والعتاق والقصاص وحد القذف ونحوها فان علم بعد تقلد القضاء فى المصر الذى هو قاض فيه يقضى بعلمه بالاجماع وان علم قبل تقلد القضاء او بعده ولكن فى غير ذلك المصر اوعلم فى حالة القضاء ثم عزل ثم اعيد الى القضاء فعند ابى حنيفة لايقضى بعلمه فى هذه الفصول الثلثة وعندهما يقضى ورجح قولهما هذا زبدة ماذكر فيه وغيره (قوله جاز فى موضعين هنالك) جاز وجاز ايضا جواب اذا وقوله وبيان الصك عطف على بيان المحضر وقوله ولفظ الشهادة عطف على الاشارة وقوله وانما كانت اى كل واحدة من الاشارة ولفظ الشهادة وقوله قطعا للاحتمال اى لاحتمال كون كل من المدعى به والمدعى عليه والمدعى غيره على ماسيتضح وقوله لان الاشارة المعتبرة الخ وهى الاشارة عند ذكر كل منها بان يقول ادعى هذا الذى حضر الخ وقوله معرب خبر بعد خبر للصك (قوله والحجة والوثيقة الخ) هذا فى عرف الفقهاء وفى عرف ديارنا السجل عبارة عن كتاب شامل حكم القاضى وباق عنده وليس عليه خطه وامضاءه والحجة عبارة كتاب نقل من السجل واعلم القاضى فى اعلاه واثبت اسامى الشهود الحضار فى مجلس الحكم فى اسفله واعطى الخصم اياه وفى كلا العرفين لامخالفة بينهما والوثيقة تكاد ان ترادف الحجة والعرف فى حق المحضر فى بعض نوعه يخالف عرف الفقهاء الان يحمل فيه على المجاز تدبر كما لايخفى ﴿مسائل شتى﴾ قال فى القاموس شت يشت شتا وشتاتا فرق وافترق انتهى يريد به انه متعد ولازم والمراد هنا الاخير ولذلك فسر المصنف الشتيت بالمتفرق هنا وفى كتاب البيع وهذا جرى على عادة المصنفين ان يذكروا ما شذ من المسائل فى آخر كتاب استداركا لما فات سواء كانت كلها متعلقة بما قبلها اولا ولذلك اطلق المصنف وقيد فى الهداية بكونها من كتاب القضاء لكونه اكثرها منه واكتفى المصنف فى الاشارة اليه بذكرها عقيبه (قوله لايتد) اى لايدق وتدا حديدا كان اوخشبا بغير رضى صاحب العلو كما فى البيانية هذا عند ابى حنيفة والخلاف بينه وبينهما فى محل وقوع الشك ولذلك كما جاز وضع مسمار صغير ووسطه بالاتفاق لم يجز فتح الباب بالاتفاق وما يشك فى التضرر به كدق الوتد فى الجدار والسقف ليعلق عليه شئ

اولبربط فعند هما الاصل الاباحة فى تصرف فى ملكه وشك فى الحظر واليقين لايزول بالشك وعنده الاصل الحظر لانه تصرف فى محل تعلق به حق محرم للغير فجاز تصرفه بشرط السلامة فيمنع فيما شك كما فى فتح القدير فظاهر كلام المصنف على ان قوله هو الراجح وعليه كلام صاحب الهداية ايضا وتبعه صاحب الكافى وقول المصنف فى الشرح سواء كان مضرا لذى العلو اولا ذكره شيخ الاسلام عن بعض المشايخ وقال الصدر الشهيد خلافه فى الاشكال وقوله وعلى هذا الخلاف قال فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير وقول ابى حنيفة قياس وقال الولوالجى والمختار للفتوى انه اذا اشكل انه يضر ام لايملكه واذا علم انه لم يضر يملكه بالاتفاق فظهر ان قولهما هو الراجح بل المختار للفتوى كما لايخفى (قوله زايغة مستطيلة) اى طريق محلة جادعن الطريق الاعظم اطلقه فشمل ما كان نافذا وغير نافذ كما فى اكثر الكتب اذ لافرق فى كون الاولى نافذة اوغير نافذة ولكن قيد الفقيه ابو الليث والامام التمرتاشى فى التصوير والذكر بان الاولى غير نافذة ايضا وصور حافظ الدين البخارى بخط يده هكذا فيحمل على الاتفاق دار احد جدرانها فى المستطيلة وقد كان لها باب فيه لبس لصاحبه ان يفتح بابا من جداره فى المنشعبة بخلاف مالو كان لها باب فى المنشعبة واحد جدرانها فى المستطيلة فلصاحبها ان يفتح بابا فيها ايضا لان له حق المرور فيها كما فى النافذة واطلق عدم الفتح وهو الاصح ردا لما قاله بعض المشايخ من انه لامنع لفتح الباب بل من المرور بناء على ان فتحه رفع جداره وله رفع كله فكذا رفع بعضه ووجه الاصح ان المنع بعد الفتح لايمكن لعدم امكان المراقبة ليلا ونهارا فى الخروج ولانه ربما يدعى حق المرور بعد طول الزمان فيكون القول له لوجود الباب كما فى فتح القدير وغيره (قوله بخلاف زايغة مستديرة لزق طرفاها) اى اتصل نهاية سعتها بالمستطيلة وهذه صورتها (قوله حيث يجوزله) اى لمن له جدار من اهل المستطيلة

فى المستديرة اى ان يفتح بابا الخ وقوله لان هذه اى المستطيلة مع مستديرتها سكة واحدة غاية الامر ان فيها اعوجاجا وقوله بمنزلة سكة مشتركة الظاهر ساحة مشتركة فى دار اى مشتركة وقوله ولكل واحد منهم اى من اهل هذه السكة سواء كان من اهل المستديرة اوالمستطيلة وفى الحيطان زقاق غير نافذ اراد بعض اهله اتخاذ طين ان ترك من الطريق قدر المرور للناس ويرفعه سريعا و يفعل فى الاحايين مرة لايمنع وكذا لواراد ان يبنى اريا اودكانا وهو المصطبة ومن وضع جذوعا على حائط رجل باذنه او حفر سردابا تحت داره ثم باع الآذن داره فللمشترى رفعها الا اذا شرط بقاءها عند البيع ومن له مجرى ماء فى دار رجل فاراد اصلاحه ولم يمكن الا بالدخول وهو يمنعه يقال له اما ان تتركه يدخل و يصلح اوتفعل بمالك كذا روى عن محمد وبه اخذ الفقيه ابو الليث كما فى الفتح وبناء تنور فى داره للخبز الدائم كما يكون فى الدكاكين اورحى للطحن اومدقات القصارين لم يجز لان ذلك يضر بجيرانه ضررا فاحشا لايمكن التحرز عنه وهو الاستحسان وبه يفتى قاله الصدر الشهيد ولو اتخذ داره حظيرة الغنم والجيران يتأذوا من نتن السرقين ليس لهم منعه و لووقع بصره فى الصعود فى دار جاره فله

منعه عن الصعود حتى يتخذ سترة واذا وقع في سطحه فلا ذكره التمرتاشي كما في الحماية وفي العمادية تفصيل في فصل الحيطان (قوله ادعى هبة في وقت) قيد بالتاريخ فيهما لانه لو لم يذكراهما اولاحدهما تاريخ يقبل لامكان التوفيق بان يجعل الشراء متأخرا وهذا على احدى الروايتين في تصحيح الدعوى اذا امكن التوفيق وان لم يوفق المدعي كما في الفتح ثم لا خصوصية لذا بهذه المسئلة بل في كل موضع ظهر التناقض من المدعي او مثله ومن شهوده او من المدعى عليه فهل يكفي امكان التوفيق لدفعه اولابد منه وفيه روايتان كما في دعوى المبسوط واختاره شيخ الاسلام كفاية الامكان ورجحه الزيلعي وفي المحيط ما قالوا يوفق بغير دعوى المدعي قياس وما قالوا لا يوفق بدون دعواه استحسان وهذا منه ترجيح لعدم كفاية الامكان وعليه تصوير المصنف حيث قال انه جحد في الهبة الخ واختار الخجندي ان التناقض لو من المدعي فلابد من التوفيق بالفعل ولا يكفي الامكان ولو من غيره يكفي الامكان ولا يخفى ان هذا اوجه وقد سبق بعض التفصيل في فصل آخر في كتاب الدعوى ثم التناقض كما يمنع الدعوى لنفسه يمنعها لغيره واختلفوا في اشتراط كون الكلامين عند القاضي فمنهم من شرطه ومنهم من شرط كون الثاني عند القاضي فقط كما في البزازية ولم يرجح احدهما على الآخر فينبغي ان يرجح الثاني كما في البحر الرائق (قوله اذ الفسخ يثبت به) اي بجحده كما اذا تجاحدا معا حيث ينقطع قطعا كما في الشروح وقوله فاذا ترك البايع الخصومة اي اذا عزم على ترك الخصومة عزما مؤكدا بفعل اقترن به من امساكها اونقلها الى بيته او ما اشبه ذلك تم الفسخ لان ذلك لم يحل بلا فسخ فيثبت به الفسخ دلالة كما في الفتح وقوله باقتران العمل به اي بفسخ البايع واشار به بتمام الفسخ الى ان للبايع ردها على بايعه بعيب قديم لانفساخ البيع ولكن قيد في النهاية وغيره بان هذا اذا كان بعد تحليف المشتري الثاني اما اراد رده قبله فلا لانه غير مضطر في الفسخ اذ يحتمل النكول بخلاف ما لو جحد الزوج النكاح وحلف وعزمت المرأة على ترك الخصومة لم يكن لها التزوج بزوج آخر اذ النكاح لا يحتمل الفسخ ثم انكار النكاح كما لا يكون فسخا لا يقع به الطلاق وان نوى الا ان يقول لست لي بامرأة ونوى الطلاق يقع عنده خلافا لهما كما في طلاق البزازية و ايضا فيه ادعت الطلاق وانكر ثم مات لا تملك مطالبة الميراث (قوله ثم ادعى انها زيوف او قال بعد قوله نعم هي زيوف الى آخره) وقوله صدق اي في الوصل والفصل كما في الشروح وعليه اطلاقه (قوله كمن اقر بقبض الجياد الخ) مرتبطة بقوله وفي الستوقة لا يريد به انه لو اقر بقبض الجياد الخ ثم ادعى انها زيوف او نبهرجة لا يصدق كما لم يصدق في دعوى الستوقة بعد الاقرار بقبض عشرة دراهم وجميع هذه المسائل الاربع في انه لا يصدق تبعا لصاحب الهداية الا ان الحكم فيها ليس على السواء بل اذا اقر بقبض الجياد ثم ادعى انها زيوف لا يصدق لا موصولا ولا مفصولا وفيما بقي يصدق موصولا لا مفصولا كما في النهاية ثم عدم التصديق في صورة المقيس عليه ان ادعاه مفصولا وان ادعاه موصولا يصدق كما في النهاية ايضا والمراد مع اليمين وقد سبق في الاقرار كذلك والحاصل ان ادعاءه موصولا صحيح في الكل سوى صورة الاقرار بقبض الجياد وان ادعاه مفصولا في البواقي غير صحيح سوى صورة الاقرار بقبض عشرة دراهم ثم دعواه بانها زيوف او نبهرجة (قوله والنبهرجة) بتقديم النون وبدونها بمعنى والستوقة بفتح السين وضمها وتضعيف التاء وتخفيفها معرب من سه تو كما في الكافي ومن سرقه كما في الفتح وعليه كلام المبسوط حيث قال انه صفر مموه من الجانبين (قوله والمقر له ينفرد برد الاقرار) اشار به الى ما ذكر في القنية نقلا عن المحيط

ان كل شئ يكون لهما جميعا فيه حق كبيع ونكاح اذا رجع المنكر الى التصديق قبل ان يصدقه
الآخر على انكاره فهو جائز وكل شئ يكون الحق فيه لواحد مثل الهبة والصدقة والاقرار
لاينفعه اقراره له بعد ذلك اى بعد رده انتهى فظهر ان لامخالفة بين ماذكره هنا وماذكره
فيما سبق فى صورة الجحد من ان احد المتعاقدين لاينفرد بالفسخ وتبع فيه صاحب الهداية
فلا يرد على كلامه ما اورده صاحب الكافى من التناقض ولاحاجة الى ما اجاب عنه صاحب
العناية من انه لامناقضة لانه انما حكم اولا بكونه فسخا من جهته لامطلقا ولان كلامه الاول
فيما اذا ترك البائع الخصومة والثانى فيما اذا لم يتركها لمايرد على هذا الجواب انه لو اراد بكونه
فسخا من جهته انه تم الفسخ وهو من جهة البائع فلانسلم انه كذلك وان اراد انه صدر جزء
الفسخ من جهته ولم يتم فلا فائدة له واما الثانى فان كان له وجه فى الجملة الا ان الكلام مطلق
والاطلاق فى محل التقييد خطأ عند المحصلين كما لايخفى (قوله فلا بد من الحجة) اى البينة
اوتصديق خصمه اى المقر حتى لوصدقه المقر ثانيا لزمه الالف استحسانا كما فى الهداية وعامة
شروحه ولكن يخالفه ما فى البزازية انه قال فى يده عبد فقال لرجل هو عبدك فرده المقر له ثم قال بل
هو عبدى فقال المقر هو عبدى فهو لذى اليد المقر ولو قال ذو اليد المقر لاخر هو عبدك فقال لابل
هو عبدك ثم قال الاخر بل هو عبدى وبرهن لايقبل للتناقض انتهى والعمل فى مثله بما فى المتون
ثم فى الشروح وقد سبق غير مرة ثم هنا فروع ذكرت فى النهاية وهى ان المقر له لو صدق
المقر ثم رد اقراره لايرتد ولو وهبت المرأة صداقها لزوجها وقبل ثم رده فرده باطل وكذا لو قبل
المديون الابراء ثم رده وكذا لو قال لعبده وهبتك لك رقبتك فرد لايرتد لانه اعتاق هذا كله
فى رد المقر له اقرار المقر اما لو رد المقر اقرار نفسه كأن اقر بقبض المبيع او الثمن ثم قال لم اقبض
واراد تحليف الآخر انه اقبضه اوقال بعد ان اقر بقبض المبيع لم اقبض اوقال هذا لفلان
ثم قال هو لى واراد تحليف فلان اواقر بدين ثم قال كنت كاذبا واراد تحليف الداين انه اقبضه
لايحلف فى المسائل كلها عند ابى حنيفة ومحمد لانه متناقض وعند ابى يوسف والشافعى يحلف
وهو رواية عن احمد لان العادة جرت على هذه الاشياء قبل تحققها تحرزا من امتناع
القابض عن الاشهاد بعد ان سلمه فيجب ان يراعى العادة وقد سبق فى هذه الحاشية قبيل
باب التحالف ان قول ابى يوسف الاستحسان والمفتى به تذكر (قوله ادعى خمسة دنانير الخ)
ذكرت هذه المسئلة فى الفصل السابع من العمادية نقلا عن دعوى فتاوى قاضيخان وفيها
ايضا ذكر فى فتاوى القاضى ظهير الدين ادعى الف درهم فقال المدعى عليه قضيتك فى
سوق سمرقند فطولب بالبينة فقال لابينة لى ثم قال بعد ذلك قضيتك فى قرية كذا واقام
البينة تقبل لان التوفيق ممكن ودلت المسئلة على جواز التوفيق من غير دعوى التوفيق انتهى
(قوله وعن ابى يوسف انه يقبل الخ) اشار به الى ان هذه الرواية غير ظاهر الرواية وانما حكاها
عنه الخصاف وفصل الدين ماسبق فى فصل الاستشراء اوله ادعى رجل على آخر مالا الخ
ووجهه امكان التوفيق هنا بان يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى على البيع سألته ان يبرأنى
عن العيب فابرأنى كما فى الفتح على ان البائع يحتمل ان يكون وكيلا من المالك فقول المالك
مابعتها صادق ثم دعواه بالبراءة من كل عيب لايناقض كما فى عامة الشروح وان البيع غير
البراءة من العيب فجحود احدهما لايمنع دعوى الآخر كما فى بعضها وقوله ولهما ان الدين الخ
ولايخفى ان كلا من وجوه التوفيق يدفع هذا كما فى الفتح وهذا ترجيح منه رواية ابى يوسف هذه

كما لايخفى وقوله ولاكذلك هنا فان دعوى البراءة عن العيب يستدعى قيام البيع وقد انكره هذا هو المراد وقد عرفت مايدفعه (قوله بطل صك كتب ان شاء الله فى آخره) اطلقه فشمل ما لو ذكر فيه شئ او اكثر والاول على الاتفاق وفى الثانى خلاف فصله فى الشرح وقوله ومن قام بهذا الذكر الحق والمراد بالذكر الحق الصك كما فى القاموس والمراد من قام به من اخرجه كان له ولاية المطالبة بما فيه من الحق واورد عليه انه يلزم صحة توكيل المجهول وغاية مايجاب عنه ان محمدا ذكره ليفيد انه ينصرف الاستثناء الى الكل عنده وان كان فاسدا فكيف اذا كان صحيحا كما فى المقدسى على ان كونه توكيل المجهول ليس بضارهنا لانه فى الاسقاط والاسقاطات تصح مع الجهالة كما فى الصلح على الانكار كما فى البيانية واشار بقوله ان شاء الله الى انه لو استثنى بالاواحدى اخواتها ينصرف الى الاخير بالاتفاق وبتصويره بالجملة المتعاطفة الى انه ينصرف الى الاخير فى غير العطف كما فى المعطوف بعد السكوت بالاتفاق كما فى ايضاح الكرمانى (قوله قالوا لايلحق به) اى بالكل بل بما ذكر بعد الفرجة اتفاقا (قوله صدقوا) يعنى بلا يمين وكان الاولى ان يقول لاتصدق المرأة بلابينة لان العادة ان من له القول انما يكون له مع اليمين ولايمين على الورثة هنا الااذا ادعت علمهم بكفرها بعد موته فحينئذ يحلفون على نفى العلم كما فى الفتح (قوله والحال تدل على ماقبلها) اى تحكيما واستصحابا وقوله وهذا اى تحكيم الحال واستصحابها والاستصحاب حكم ببقاء امر محقق لم يظن عدمه كما فى التحرير (قوله لانها تدعى امرا حادثا الخ) دليل ثان فى الهداية واما الدليل الاول فهو كون الاستصحاب معتبرا فى هذه المسئلة ايضا للدفع لاللاستحقاق الا ان الاستصحاب هنا استصحاب ما فى الماضى من كفرها الى مابعد موته وباقى التفصيل فى العناية (قوله قال هذا ابن مودعى الميت الخ) قيد بالابن لانه لواقر بانه اخوه شقيقه وهو يدعيه يتلوم القاضى فى دفع المال اليه على مارأى وهذا اشبه بابى حنيفة وعندهما التلوم مقدر بحول كما فى الخلاصة وعن ابى يوسف مقدر بشهر كما فى الاقضية هذا لوقال ذو اليد لاوارث له غيره واما اذا قال وله وارث ولكن لاادرى امات املا فلا يدفع الى احد شيئا لا قبل التلوم ولابعده حتى يقيم بينة يقول شاهداه لانعلم وارثا غيره كما فى فتح القدير واراد بالابن من يرث بكل حال فيدخل فيه البنت والاب والام وكل من يرث فى حال دون حال فهو كالاخ كما فى البحر الرائق وقيد بالوارث لانه لواقر بانه وصيه او وكيله او المشترى منه اى من مودعه الميت فانه لايدفع المال اليه وقيد بالوديعة لانه لو اقر الملتقط ففيه اختلاف واراد بالوديعة ان ليس يده يد الملك فيدخل فيه العارية والغصب كما فى الفتح وغيره (قوله بل يكون المال كله للاول) وهل يضمن للثانى شيئا نفاه فى غاية البيان وذكر فى النهاية والدراية وغيرهما انه يضمن للثانى نصف ماأداه للاول اذا دفع له بغير قضاء انتهى هذا هو الصواب كما فى الفتح القدير (قوله بشهود لم يقولوا الخ) اشار به الى ان الارث والدين ان لم يثبت بالبينة بل بالاقرار يؤخذ الكفيل بالاتفاق والى انه لوقالوا لانعلم وارثا او غريما غيره لايكفل بالاتفاق ولايتلوم القاضى سواء كان الوارث ممن يحجب اولايحجب كما فى الفتح والبيانية ثم الدفع فى مسئلة المتن اذاكان وارثا لايحجب بغيره كالاب والابن وان كان ممن يحجب كالاخ والجد والعم لايدفع اليه وان كان ممن يحجب حجب نقصان كالزوج والزوجة يدفع اليه اقل النصيبين عند ابى يوسف وعند محمد اوفرهما وابو حنيفة مع محمد كما ذكر فى المبسوط وقال قولهما الاصح وعليه كلام المصنف باطلاقه وقيد بعدم التكفيل لان القاضى يتلوم ولايدفع اليه

حتى يغلب على ظنه ان لاوارث له غيره ولاغريما آخر اتفاقا كما فى الحماية وغيره (قوله كفيل بالنفس) اشار به الى ان عدم اخذ كفيل بالمال بالطريق الاولى وقوله تفاديا اى تحاشيا والا تواء الاهلاك (قوله اخذ نصف المدعى الخ) لم يقل اخذ نصيبه وترك نصيب اخيه لان ما اخذه لم يعين لان يكون نصيبا له مالم يأخذ الاخ الباقى اذا لحاضر انما يأخذ النصف مشاعا غير مقسوم كما فى العمادية ثم اذا احضر الغائب لم يحتج الى اعادة البينة ولا الى القضاء له بل يسلم النصف اليه بقضاء فى غيبته لان احد الورثة ينتصب خصما عن البقية فيما لهم وعليهم دينا كان اوعينا هذا فى الدين مطلقا واما لوكان فى دعوى العين على الميت فلابد من كونها فى يده ليكون قضاء على الكل حتى لوكان البعض فى يده ينفذ بقدره لانه لاخصومة بدون اليد كما فى الجامع الكبير فى شهادات من المواريث فظهر ان مافى الهداية والنهاية والعناية انه لا بد من كون كل التركة بيده حتى ينتصب خصما عن الكل فى دعوى الدين ايضا غير صواب اذقد صرح الكمال ابن الهمام بالفرق بين العين والدين وهو الحق كما فى البحر الرائق (قوله اذا جحدها ذواليد اخذها القاضى) اى اذا جحد ذواليد الدار اى كونها ميراثا للمدعى واخيه اخذها اى اخذ القاضى حصة الاخ منها واوذكر الضميرين الاول باعتبار المدعى والثانى باعتبار الباقى فله وجه الا انه ليس لاحد التصويرين على الاخر مزية والتعرض لمثل هذا القصد الافادة مما لايسمن ولايغنى من جوع كما لايخفى (قوله ولاوارث) الظاهر ان الواو من طغيان القلم اذ العبارة ولاارث فى عامة الشروح وقوله الابثبوت الملك للمورث ولهذا تقضى ديونه وتنفذ وصاياه منه ويقسم المال بين الورثة وقوله واحتمال كونه مختار الميت انما قال به لان كون المال فى يده باختيار الميت ليس بقطعى ولكن احتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتفى به كما فى الشروح (اقول هنا بعض مسائل ادعى بيتا فقال ذو اليد انه ملكى ورثته من ابى فاوقضى عليه ظهر على كل الورثة فليس لاحد ان يدعيه بجهة الارث للقضاء على مورثهم فلوادعاه احدهم ملكا مطلقا يقبل اذ لم يقض عليه فى الملك المطلق ولو ادعاه ذواليد ملكا مطلقا لا ارثا لاتصير الورثة مقضيا عليهم فلهم دعوى الارث واخذهم به ولكن ليس لذى اليد حصة منه لانه قضى عليه ولوكان الورثة الكبار غيبا والصغير حاضرا نصب القاضى وكيلا عن الصغير لسماع دعوى الدين على الميت ويسرى الحكم عليه على الورثة كلهم ولواثبت دينه على ميت على بعض ورثته وحصته فى يده يستوفى كل الدين منه ويرجع البعض على الغائب كما فى خزانة المفتين وصح الاثبات على الوارث والتحليف اذا انكر الدين وان لم يكن للميت تركة كما فى الدراية ورجل ادعى دينا على الميت وليس له وارث نصب الحاكم وكيلا للدعوى كما فى ادب القاضى للخصاف فظهر منه ان وكيل بيت المال ليس بخصم كما فى البحر والمقدسى (قوله يقع على مال الزكوة) اطلقه فشمل قليله وكثيره لان المعتبر هو الجنس فيجب ان يتصدق بجميع مايملكه من النقدين والسوائم ومال التجارة ولايجب تصدق العقار والرقيق واثاث المنزل ونحوها ثم تسوية المصنف بين قوله مالى وبين قوله ماامالك هو الصحيح وهو اختيار شمس الائمة ذكره فى مبسوطه وهو اختيار ابى بكر البلخى وصاحب الهداية وذكر الاسبيجابى فرقا بينهما بعموم الملك وهو قول ابى يوسف واختاره الطحاوى فى مختصره وتبعه صاحب المجمع (قوله فكونها خلافة كالوراثة) من حيث انهما يثبتان ملكا بعد الموت لامن حيث ان الموصى له قائم مقام الميت بعد الموت كالوارث اذ الخليفة حقيقة من يقوم مقامه ولذلك صح اثبات دين الميت على الوارث اوالوصى ولم يصح اثباته على الموصى له

وصح رد الوارث بخيار العيب فى مشرى الميت بخلاف الموصى له صرح به الصدر فى شرح الادب هكذا افاده صاحب البحر الرائق هنا و وصى ان اشكال عبارة الهداية لايندفع الا بهذا التحقيق وان لم يتعرض احد من شارحى الهداية اقول حاصله المشابهة لايلزم كونها من كل وجه وذا ظاهر ولذلك لم يتعرضوا كما لايخفى (قوله يمسك قوت شهر) هذا بناء على الغالب وفى عرف بعض اهل الديار يوجر الدور والحوانيت فى السنة على ثلثة اقساط كل اربعة اشهر قسط فحينئذ يمسك قوتا يكفى الى اربعة اشهر كما فى الفتح (قوله لاالتوكيل بلاعلم الوكيل) وكذا اذن الصبى و العبد فى التجارة باتفاق الروايات كما فى الحماية وعليه كلام الزيلعى هذا اذا كان الاذن خاصا و لم يشتهر بين الناس اما اذا اذن بالتصرفات بان قال بايعوا عبدى فى التجارة فبايعوه جاز مع انه لاعلم للعبد بالاذن فى رواية وفى اخرى لم يجز كما فى الحماية وعلى ترجيح الجواز كلام الكمال ابن الهمام فى الفتح وفيه ايضا هذا اذا كانت الوكالة قصدا اما اذا ثبتت فى ضمن الامر بالفعل بان قال لغيره اشتر عبدى من فلان فباعه فلان اولامر أته اذ هبى الى فلان يطلقك فطلقها فلان ففيه روايتان ذكر محمد فى كتاب الوكالة انه جائز وفى الزيادات انه لايجوز (قوله واومن فاسق) يريد به انه اى اعلمه صح تصرف الوكيل سواء كان عدلا اولا كبيرا او صغيرا مميزا لانه معاملة (قوله و يشترط لعزله خبر عدل) هذا اذا لم يصدقه اما اذا صدقه فينعزل ولوكان المخبر فاسقا وكذا لواخبر المشترى اورسوله الشفيع وجب الطلب اجماعا وان كان فاسقا صدقه اوكذبه ذكره الاسبيجابى وكذا اذا اخبر رسول الموكل بعزله حيث قال انى رسول بعزلك اذ الرسول يعمل بخبره ولو فاسقا و يثبت العزل بكتاب الموكل ايضا كما فى البحر الرائق وعلى هذا التفصيل عزل القاضى ومتولى الوقف كما فى المقدسى (قوله اومستورين) معناه ان لايعلم حالهما وجميع ماذكر هنا قول ابى حنيفة وعندهما لم يشترط فى المخبر بهذا الاالتمييز لانه معاملة ودليل الامام ماذكره المصنف فى الشرح وقوله والشفيع بالبيع عطف على السيد بجناية اى وعلم الشفيع بالبيع وهكذا الحال فى الاخرين ففى الاول يكون مختارا للفداء و فى الثانى يسقط حقه بالسكوت وفى الثالث يستقر النكاح به وقوله ومسلم لم يهاجر بالشرايع يعنى اذا اخبره عدل بالشرايع لزمه اداؤها واختار السرخسى قبول خبر الفاسق فيجب عليه الاحكام بخبره لان المخبر له رسول والعدالة لاتشترط فى الرسول كما مر وصححه الزيلعى ورده الكمال المحقق ابن الهمام بان عدم اشتراط العدالة انما هو فى الرسول الخاص بالارسال والا فيلزم على قوله ان لايشترط العدالة فى رواة الاحاديث لعين ماذكره وذا باطل هذا حاصل مافى تحرير الاصول وقبله بحسن القبول شارحاه ابن امير الحاج وابن امير پادشاه وشارحا الكنز ابن النجيم وعلى المقدسى حتى قال ابن النجيم رحمه الله فى فتح الغفار شرح المنار بعد نقل عبارة التحرير فلااعتبار لما صححه السرخسى وان مشى عليه الزيلعى واقول فظهر انه استقرت الحال على كلام المتن كما لايخفى (قوله للغرماء) اى لاجلهم توفية لديونهم التى على الميت واللام للجنس فيشمل القليل والكثير واراد بالمال الثمن وقوله واستحق العبد من يد المشترى وكذا لواستحق اومات فى يد البايع بعد اخذ الثمن وضياعه كما فى الفتح وغيره وقوله بمنزلة يعنى لانهما بمنزلة الامام وقولنا لانهما كانه ساقط من قلم الناسخ الاول والا خصر كالامام باسقاط قوله بمنزلة كما لايخفى وقيد ببيع القاضى اوامينه لان الدين اذا احاط التركة يمنع نقلتها الى ملك الوارث لتأخر الميراث عن الدين فيبقى على ملك الميت وقد عجز عن القضاء بنفسه فناب القاضى

منابه كما فى تنوير تلخيص الجامع الكبير (قوله ورجع المشترى على الغرماء) اراد به الغرماء الذين طلبوا الاستيفاء حتى لو ظهر غريم للميت لايشاركهم وان صار مقرا بقبض الامين لان الامين لم يكن نائبا عنه لافى البيع ولافى القبض ولم يوجد منه قبض ذلك لاحقيقة ولاحكما كما فى تحفة الحريص شرح التلخيص فى كتاب الوكالة (قوله الى الموكل) لان التزام العهدة لم تصح منهما وقد وقع العقد له كما فى الفتح (قوله وان باع الوصى) اطلقه فشمل وصى الميت ووصى القاضى وقيد الامر اتفاقى لان امره وعدم امره سواء صرح به الامام الحصيرى وقوله اومات اى العبد فى يد الوصى قبل قبضه اى قبل قبض المشترى العبد هذا هو مقتضى السوق والموافق لما فى الشروح فظهر ان قوله اى الثمن عرف من الثمن بان يضاف المصدر الى مفعوله هذا غاية التوجيه (قوله لانه لم يصل اليه) اى لان دينه لم يصل الى الغريم وقوله وقيل لا يرجع الخ عطف على مقدر وهو قيل يرجع ايضا بما غرم للوصى من الثمن ولكن طى من البين لاغناء قوله والاصح انه يرجع الخ وقوله ايضا ليس فى محله بل محله فى المعطوف عليه اوذكر كما اشرنا اليه ولوذكر بعد قوله والاصح انه يرجع لاستقام مع انه ليس فى عبارة الكافى والضمائر المجرورة فى عليه وفعله وقبضه عائدة الى الغريم وعامة الشراح على تصحيح صاحب الكافى وان صحح شمس الائمة السرخسى عدم الرجوع ولم ارمن وافقه فى التصحيح فظهران الراجح هو الرجوع وصرح الاختلاف فى مسئلة بيع الوصى وكذا الاختلاف بالرجوع وعدمه فى مسئلة بيع القاضى اوامينه مع اختلاف التصحيح كما فى تبيين الزيلعى (قوله القاضى اخرج الثلث للفقراء الخ) وذكر فى تلخيص الجامع فى باب بيع الوصى اوصى ان يشترى بالثلث قن و يعتق فبان بعد الاعتاق دين يحيط الثلثين فلكون شراء القاضى عن الموصى صح شراؤه واعتاقه لم يصح لانه انما يصح لووقع وصية ولم يقع لان قدرها هو الثلث بعد الدين والعبد اشترى بثلث قبل الدين فلم يقع وصية فبطل عتقه ولوكان الوصى بدل القاضى يقع شراؤه واعتاقه عن نفسه وعند ابى يوسف يعذر الوصى ايضا اذا لم يعلم بالدين قال شمس الائمة الحلوانى هذا ارفق بالناس كذا فى تنويره وباقى التفصيل فيه وقوله ووجهه مامر من ان هذا عقد لم يرجع عهدته على العاقد (قوله وكثير من مشايخنا اخذوا به) اى بقول محمد آخرا والمصنف لم يختر هذا القول فى المتن لان الغلط والخطاء فى الحكم محتمل اذ القطع بنفيهما ليس الا للانبياء عليه السلام كما فى الفتح وما اختاره المصنف قول الماتريدى وهو مذهب ابى حنيفة قد كشفه الماتريدى بتقييده لما قال الاسبيجابى فى المسئلة مصورة عند ابى حنيفة فى العالم العادل لانه اذا كان غير هذا لايولى القضاء ولايؤتمر بامره انتهى كما فى البحر والمقدسى وهذا ترجيح ظاهر الرواية وهى اذا رجحت يكون ارجح من غير ظاهر الرواية المرجحة لما سبق غير مرة وزاد جماعة على قول محمد وقالوا او يشهد مع القاضى شاهد عدل على ذلك وظاهر هذا انه يقبل شهادة القاضى على فعل نفسه وليس كذلك بل المراد ان يشهد القاضى والعدل على شهادة الذين شهدوا بسبب الحد لا على حكم القاضى هكذا افاده صاحب الفتح ثم قال هذا القول بعيد فى العادة لانه يقتضى شهادة القاضى عند الجلاد (قوله لان القضاة قد فسدوا) اى فى هذا الزمان سيما قضاة مصر لان اكثرهم يتولون بالرشى فاحكامهم باطلة كما فى البيانية وقوله ونحن امرنا بطاعة اولى الامر والقاضى من اولى الامر كما فى البيانية (قوله صدق معزول الخ) وكذا صدق الآخذ والقاطع لو اقرا بما اقر به القاضى وقوله ولو انكرا كونه قاضيا الخ والآخذ والقاطع ولو اقرا بما اقر به القاضى يضمنان فى هذا الفصل وباقى

التفصيل فى الهداية وشروحه وقوله فى الصحيح وهو مختار فخر الاسلام والصدر الشهيد واحترز به عن الذى ذكر شمس الائمة فى جامعه ان القول للمدعى (قوله وهى منافية للضمان) والاصيل فيه ان المقر اذا اسند اقراره الى حالة منافيـة للضمان من كل وجـه لايلزمه شئ وباقى التفصيل فى الشروح مع تفاريعه

﴿ كتاب القسمة ﴾

(قوله لايخفى وجه المناسبة) لماسيصرح بان الاصح ان القسمة من جنس عمل القضاة وان القاسم ينصبه القاضى وكثير اما نفع فى تركة الميت وقلما يخلو من وصية فيها اووارث صغير اوغريم اونزاع بين الورثة فيحتاج الى القاضى فيظهر من هذا حسن تأخيره عن كتاب القضاء كمالايخفى (قوله هى لغة اسم للاقتسام) يريد به انها ليست مصدر قسم القسام المال بين الشركاء وتعريفها الشرعى باعتبار هذا المعنى لا المعنى اللغوى فعلى المعنى اللغوى وصف الشركاء والشرعى وصف القسام (قوله كالوكيل) ادخل الكاف ولم يقل وهو الوكيل الخ اشارة الى ان ذلك الفعل لم ينحصر فيما ذكر فيشمل قسمة المنافع بالمهايأة كما فى البرجندى (قوله واما اذا تبدل) كما فى تقسيم الحائط والحمام والبئر ونحوها فهذه الاشياء لاتقبـل القسمة ولاتصح قسمتها لعراأها عن معنى الافراز كما فى المنبع نقلا عن المبسوط (قوله ومعنى مبادلة) لم يقل ومعنى بيع ليتناول قسمة المنافع كما فى البرجندى وقوله نصفه رفع على انه بدل من اسم كان وقوله ملكه نصب خبره وقوله ولم يستفد حالية وقوله عمافى يد صاحبه من نصيبه (قوله يجبر عليها فى متحدى الجنس) ذكر فى الغاية عن الصغرى ان القسمة على ثلثة انواع فى المثليات وفى غيرها من نوع واحد من انواع ففى الاولين يجبر الآبى وفى الثالث لايجبر ثم الخيارات شرط وعيب ورؤية تجرى كلها فى النوع الثالث وفى الاول خيار العيب فقط وفى الثانى يجرى خيار العيب ويجرى خيار الرؤية والشرط ايضا فى رواية ابى سليمان وهو الصحيح وعليه الفتوى كما فى المقدسى وذكر صاحب المنبع نقلا عن المحيط والبدايع ان خيار الرؤية والشرط لايثبت فى قسمة الجبر لعدم الفائدة لانه لوردها باحدهما اجبره القاضى ثانيا فلايفيد هذا اقول يمكن التوفيق بينهما بان يحمل مافى الغاية على قسمة بتراضيهم تأمل (قوله من غير المثليات) صفة لقوله متحدى الجنس وجاز لان اضافته لفظية وقوله فقط قيد لمتحدى الجنس يريد به انه يجبر فى المثلى مطلقا وفى غيره لومتحدى الجنس كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم وقوله وان كانت اجناسا اى الاعيان المشتركة مختلفة بان كانت من نوعين فصاعدا لايجبر القاضى الخ وانما تصح القسمة فيها بالرضى (قوله لكن يجبر عليها لوكانت من نوع واحد) هكذا فى عامة الشروح وهو مقتضى تقابل قوله وان كانت اجناسا فكانه سقط من قلم الناسخ الاول ومثل هذا ليس ببعيد (قوله لتمام قطع المنازعة بها) يريد به ان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث تمام الخ ولیست من جنسه من حيث ان القضاء فرض عبادة والقسمة ليست كذلك وانما الفرض عليه جبر الآبى على القسمة فظهر ان شبهها بالقضاء اقوى ولذلك عدت من جنس عمله فى الاصح وهو مختار السرخسى كما فى العمادية (قوله وصح نصبه باجر) اطلقه ولكنه مقيد بانه اذا لم يكف مؤنته من بيت المال كما فى البرجندى نقلا عن المحيط وفى الذخيرة سئل ابو جعفر عن سلطان غرم اهل قرية فارادوا قسمة تلك الغرامة فقد اختلفوا قسمة تلك الغرامة وقد اختلفوا فى التقسيم على قدر الاملاك اوعلى عدد الرؤس

واختار البعض انه ان كانت الغرامة لتحصين املاكهم يقسم ذلك على قدر الاملاك وان كانت لتحصين الابدان يقسم على عدد الرؤس ولاشئ على النسوان والصبيان فى ذلك لانه لايتعرض لهم انتهى وهكذا فى الغاية نقلا عن نوازل ابى الليث (قوله ثم ان الاجر وهو اجر المثل) وذلك مبنى على العرف وذكر الامام السرخسى ان القسام بمنزلة الكاتب للقاضى فى الاجر وينبغى ان يأخذ اجر مثل بقدر مشقته وبقدر عمله كما فى البرجندى (قوله ولايعين واحدلها) اى لايعين احدا لعمل القسمة على وجه لايتولى ذلك غيره لان الامر يضيق على الناس والاجرة تصير غالية كما فى صدر الشريعة افاد بالتعليل الاول انه لايعين واحدا فقط سواء قدر له اجرا اولا وبالثانى انه لوعين القاضى الاجرة جازله تعيين واحد اذلايتوهم حينئذ غلاء الاجر وقد صرح بذلك فى الخزانة (قوله ولايشترك القسام) بضم القاف جمع قاسم هذا اذا لم يعين القاضى الاجر فانه اذالم يشتركوا يتسارع كل منهم الى القسمة باجر يسير حذار فوت فيرخص الاجر اما اذا عينه ينبغى ان يجوز اشتراكهم كما فى المنح والبرجندى (قوله الاعند صغر احدهم) وكذا لوكان احدهم مجنونا اوغائبا كما فى المنح الابالجازة ولى الصبى اوالغائب اواجازة الصبى بعد بلوغه حتى لومات الصبى اوالغائب واجاز وارثه صحت عندهما وعند محمد لم تصح كما فى البرجندى (قوله ادعوا شراءه اوملكه مطلقا) ظاهره المتبادر على انه صفة قوله عقارا ولامانع لان يكون صفة له ولقوله نقليا على سبيل البدل وانما فصل بين قوله نقليا وعقارا بقوله ادعوا ارثه اشارة الى ان لافرق بينهما الا بالارث والضمير فى قوله ولوادعوا ارثه يتعين انه عائد الى العقار بقرينة التقابل فيكون قسمة المشترى والملك المطلق من المنقول مذكورة فى المتن ايضا ومثل هذا الاجمال غير بعيد فى المتن والاشتمال اوجه من الحوالة على المقايسة تدبر كما لايخفى (قوله لاخلاف فى الاولين) اراد به دعوى الشراء والملك المطلق فى العقار هذا الشرح بناء على الظاهر المتبادر على انه من ديدن المصنف الدقة فى المتن دون الشرح وقد تبع فيه صاحب الوقاية وصورة الاختلاف دعوى الارث فى العقار وعن ابى حنيفة فى غير رواية الاصول ان القاضى لايقسم العقار فى دعوى الشراء ايضا حتى يقيموا البينة على الشراء من فلان لانهم اقروا فى الموضعين بان اصل الملك لغيرهم ثم اخبروا بانتقاله اليهم كما فى مبسوط السرخسى والفرق على ظاهر الرواية انه زال عن ملك البايع قبل القسمة فلم يكن القسمة قضاء على الغير كما فى المقدسى (قوله ولايكون قضاء على شريك آخر لهم) يعنى ان ظهر بعد القسمة ولاعلى مالك له كما فى الكافى (قوله ويصير بعضهم حينئذ مدعيا) اما بجعل القاضى واحدا منهم مدعيا والآخر مدعا عليه كما فى الذخيرة او بانه لما رفعوا امرهم الى القاضى وقال لاباشر القسمة حتى يقيموا البينة على الموت وعدد الورثة وارشدهم الى هذا الطريق جعلوا احدهم مدعيا ليحصل مقصودهم كما فى بعض الحواشى (قوله يعنى ادعوا الملك فى العقار) لاخفاء فى ان هذا التصوير مخالف لما سبق انه يقسم اذا ادعوا الملك المطلق والتحقيق ان ما يظهر من الهداية ان السابق رواية المبسوط وهذا رواية الجامع الصغير والمصنف اورد الروايتين تبعا لصاحب الوقاية من غير اشارة الى اختلافهما ومشى على هذا الظاهر بعض الشراح منهم الشيخ الاكمل ووفق بعضهم بينهما منهم تاج الشريعة وعايه مشى الزيلعى بان الاختلاف من اختلاف الموضوع فموضوع رواية المبسوط فيما اذا ادعيا الملك ابتداء واليد ثابتة ومن فى يده شئ يقبل (قوله انه ملكه مالم ينازعه غيره) وموضوع رواية الجامع الصغير فيما اذا ادعيا اليد

﴿ واعرضا ﴾

واعرضا عن ذكر الملك مع حاجتهما الى بيانه لانهما طلبا القسمة من القاضي وهي في العقار انما يكون بالملك فلما سكتا عنه قوى احتمال ان يكون لغيرهما فلا يقبل قولهما بمجرد اليد الا باقامة البينة انه لهما ليزول هذا الاحتمال اقول هذا التوفيق بعد محل تأمل لانهما لما ادعيا انه لهما اى ملكهما ولم يقرا للغير لم يحتجا الى اقامة البينـة فاللايق ان يقبل قولهما حينئذ من غير اقامة البينة على ان رواية المبسوط على اطلاقهما يشمل ادعاء الملك ابتداء وانتهاء فالفرق بينهما خفى فظهر ان عدم تعرض المصنف لهذا التوفيق ناش من ضعفه وان تعرضه لذكر كلتا الروايتين في مثل هذا المختصر ناش من عدم ترجيح احديهما على الاخرى نعم ان اللايق عليه وعلى صاحب الوقاية حينئذ التنبيه على اختلاف الروايتين بان يقولا في هذه المسئلة في رواية ويمكن ان يقال ان التوفيق بالفرق بين دعوى الملك ابتداء و بين دعواه انتهاء صحيح من غير ضعف فان الاولى لاتورث تهمة فيقبل قوله بلا بينة والثانية اورثت تهمة وهي ان دعوى اليد في مقام دعوى الملك يتبادر منها انه لم يكن ملك المدعى ثم دعواه الملك يكون تناقضا فيحتاج الى بينة انه ملكه هكذا صرح به حميد الدين الضرير في فوائده فعلى هذا عدم تعرض المصنف للتوفيق بناء على ان الاختلاف ظاهر وعليه ظاهر الهداية تدبر (قوله وامتنع الاول هنا) اى فيما اذا برهنا انه معهما لعدم الملك اذ لاملك بدون البينة فامتنع جواز القسمة كما في العناية (قوله وعدد الورثة) بان بين انه ابن و بنت وغيرهما ليظهر حصة كل منهم لا العـدد المجرد كما في البرجندي وقوله معهم اى مع الحاضرين الكبار وتصدير المسئلة بالتثنية بيان لادنى المرتبة في اقامة البينة فلا يلزم منه كون العقار معهما فقط وايضا قوله ونصب قابض لهما والمسئلة الآتية المقابلة قرينة على عود الضمير الى الكبار الحضار فقط ومخصص به لكونه بمنزلة الاستثناء ومثل هذا جار في تخصيص العام على ماصرح به الفحول فضلا ان يخصص عود الضمير به والمصنف في هذه العبارة تبع صاحب الهداية وصاحب الكافى وصاحب الوقاية ولم يلتفت الى قول من حكم بالسهو وصحح بالتثنية تدبر كما لايخفى (قوله و يشهد انه قسمها) اى قسم القاضي العقار وتأنيثه باعتبار الضيعة (قوله وان برهن واحد) اى بالواو العاطفة على قوله برهنا الخ لان هذا مقابل لذلك لامتفرع عليه كما يوهم عبارة الوقاية وما اعتبر في المعطوف عليه من كون البرهان على المورث وعدد الورثة وكون العقار معهم وفيهم صغير او غائب فطوى بحسب العطف اذ المعطوف في حكم المعطوف عليه مالم يمنع مانع ولامانع هنا وهذا الاعتبار لايقتضي التفريع كما لايخفى على من تدبر (قوله فلبس احد يخاصمه عن نفسه ليقيم البينة) اشار به الى انه لايقسم في هذه الصورة وان اقام الواحد بينة كما في الشروح وقوله بخلاف مالو كان الحاضر من الورثة اثنين وان كان احدهما صغيرا الا ان القاضي ينصب له وصيا وكذا لو كان احدهما موصى له بالثلث فان الوارث ينصب خصما عن الميت وعن سائر الورثة والموصى له عن نفسه كما في الهداية ثم اعلم ان القاضي انما ينصب وصيا للصغير لو حاضرا وفي الغائب لا والفرق ان الدعوى تتوجه على الحاضر فلصحتها ينصبه له ليجيب عنه واما لو كان غائبا لم يصح الدعوى عليه فلا حاجة الى نصب من يجيب عنه فافترقا واليه اشير في الذخيرة كما في المنبع والتبيين (قوله حيث يكون القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين) وقوله في المسئلة الآتية بحضرة المتقاسمين تفنن في العبارة اذ لا فرق بينهما هنا ولذلك وقع في الهداية والكافى بعنوان متخاصمين وفي المنبع والمقدسى والحماية بعنوان متقاسمين وكلتا المسئلتين وفاقيتان لم يصح ان يقال الاول ناظر الى قوله

ابى حنيفة والثانى الى قولهما على ان الخصومة فى مثله امر اعتبره القاضى لبست حقيقة وقد سبق تحقيقه (قوله بلا خصم حاضر عنهما) ولافرق فى هذا بين اقامة البينة وعدمها كما اطلق فى الكتاب وهو الصحيح كما فى الهداية وذكر فى مبسوط السرخسى والخانية اذا اقام الحاضرون البينة على اصل الميراث وعدد الورثة يجوز القسمة فان كثيرا ما يوجد فى الورثة صغير او غائب فلو لم تقبل البينة لوجود احدهما ادى الى الضرر انتهى خلاصة كلامهما وهذا الاختلاف اذا لم يحضر وصيه اما اذا حضر اونصب القاضى له وصيا فيقسم كما فى بعض شروح مختصر الوقاية وعن ابى يوسف ان القاضى ينصب عن الغائب خصما ويسمع البينة كما فى الذخيرة هذا كله اذا كان العقار كلا او بعضا فى يد الصغير او فى يد الغائب او مودعه تدبر كما لا يخفى (قوله فان طلب صاحب الكثير قسم) سواء ابى صاحب القليل اولا وقوله وان طلب صاحب القليل وابى صاحب الكثير لم يقسم (قوله وذكر الخصاف عكسه) وهو ان طلب صاحب القليل يقسم لانه رضى بضرر نفسه وان طلب صاحب الكثير لا يقسم لانه يريد الاضرار بغيره وفى الخلاصة قال الصدر الشهيد الفتوى عليه وقوله وقال فى الكافى ماذكره الخصاف اصح وهكذا فى الهداية وهو قول ابى الليث وقول الكرخى والامام السرخسى والقاضى الامام الاسبيجابى كما فى البرجندى والفقيه جعل هذا اصحابنا كما فى البزازية الحاصل ذكر هنا اقوال ثلثة وقيل حق كل منهما وعليه الفتوى والرجحان لما ذكره الخصاف كما لا يخفى (قوله ويجوز بالتراضى) لان الحق لهم وهم اعرف بحاجتهم ولكن القاضى لا يباشر التقسيم وان طلبوا منه لانه اشتغال بما لا فائدة فيه لاسيما فيه ضرر واضاعة مال وذلك حرام الا انه لا يمنعهم من ذلك اذ القاضى لا يمنع من اقدم على اتلاف ماله فى الحكم وهذا من جملته كما فى التبيين (قوله ولا الجنسين بالتداخل) اطلق الجنسين فشمل اختلافهما من الحيوان والثياب ومما يكال و يوزن ولكن استثنى من قسمة الغنائم فانها تجرى فى الاجناس المختلفة لان حق الغانمين انما هو فى المالية ولذلك كان للامام بيع الغنائم وقسمة ثمنها كاله قسمة الغنائم بخلاف شركة الملك فان حق الشركاء فى العين والمالية كما فى المبسوط (قوله فان كانوا ذكورا واناثا لم يقسم الا برضاهما) هذا بالاتفاق ايضا وكذا او كان الرقيق واحدا يباع ويقسم ثمنه لانه لا يحتمل القسمة وكذا كل ما كان فى تبعيضه ضرر كما فى المبسوط والذخيرة وقاضيخان (قوله ونحوهما من الامانة) والفروسية والكتابة كما قال الشاعر ✽ وواحد يعدل الفا اذا ✽ وكم الوف لا تساوى واحدا (قوله ولا الجواهر) قيل هذا عند ابى حنيفة واما عندهما فيقسم الجواهر كالرقيق بطلب البعض كما يقسم الابل وسائر العروض والصحيح ان الجواهر لا تقسم جبرا فى قولهم جميعا كما فى شرح المجمع لمصنفه وقبله فى المنبع وعليه كلام المصنف حيث لم يتعرض الاختلاف (قوله ولا الحمام الخ) ومن هذا القبيل اللؤلؤة الواحدة والياقوتة والذمردة والثوب الواحد والسرج والقوس والمصحف والقنا والجبة والخيمة والبيت والحانوت الصغير والفرس والجمل والبقر والشاة والنهر والعين والباب ونحوها لان القسمة فى هذه الاشياء اضرار بالشريكين جميعا وقوله الا برضاهم استثناء من الجميع اعنى الجنسين الخ وقوله فلا يقسم القاضى يعنى جبرا (قوله دور مشتركة) اطلقها فشمل انها فى مصر او مصرين متصلة او منفصلة هذا عند ابى حنيفة كما فى الخانية واما عندهما فان كان الدار ان فى مصرين لا يجتمعان فى القسمة كما هو مذهبه على رواية هلال عنهما وعن محمد انه يقسم احداهما فى الاخرى وان كانتا فى مصر فالرأى عندهما الى القاضى فان رأى

ان الاصلح في قسمة الجمع جمع وان رأى ان الاعدل في قسمة التفريق فرق وعلى هذا الخلاف الاراضي المتفرقة المشتركة كما في الشروح (قوله واما الدار والضيعة) هذا بالاتفاق (قوله لاختلاف الجنس) ذكره الخصاف وفي اجارة الاصل ان اجارة الدار بمنافع حانوت لاتجوز وهذا يدل على اتحاد جنسهما ومن ذلك قيل في المسئلة روايتان وقيل هما جنسان مختلفان وعدم الجواز لشبهة المجانسة باتحاد اعتبار المنفعة وهي السكنى كما في الكافي واستشكل بان هذا يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشئ بجنسه نسئة وبالجنس يحرم النساء عندنا وفي ذلك شبهة الربوا فاذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبارا لشبهة الشبهة والمعتبر الشبهة دون النازل عنها ومن ذلك قال شمس الائمة الحلواني اما ان يكون في المسئلة روايتان او يكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن ان يقال لااشكال لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لانه قال جنس واحد فكيف يقول لشبهة المجانسة ووجه آخر في التوفيق ان يراد باختلاف الجنس الاختلاف من حيث الذات فلايجوز القسمة وباتحاده الاتحاد في المنفعة وهي السكنى فتمتنع الاجارة لشبهة الربوا هذا تحقيق افاده الشيخ الاكمل ورده المولى زكريا في تكملته بان يقول ركاكة هذا الجواب ظاهرة لان مدار هذا على اعتبار حقيقة مجانسة اذ لولاه لكان الثابت شبهة الشبهة لاحقيقة الشبهة واذا اعتبر المجانسة حقيقة لم يكن لقوله لشبهة المجانسة معنى ولواعتبر المجانسة من وجه والمخالفة من وجه يكون الثابت شبهة الشبهة لااصل الشبهة فيعود المحذور المذكور هنا واتى بكلام طويل في رد الجواب الثاني ولذلك تركته اقول من الله التوفيق ان الجواب الحاسم عن الاشكال بان اصل الاجارات لما شرعت مع المنافي قياسا وهو انها عقد تعلق بالمعدوم اكتفى في فسادها شبهة الشبهة كما مر نظيره في السلم تدبر (قوله ويذرعه لو ارضا) ولم يقيده بالتقويم لان الارض اصل فيقسم اولا وهو لايحتاج الى التقويم بل يقسم بالذراع والمراد هنا قسمة على حدة وقيد تقسيم البناء بالتقويم لانه محتاج اليه ثم لو احتاج قسمة البناء الى ضم الارض فحينئذ يقوم الارض ويذرع البناء كما في التبيين وغيره (قوله ويفرز كل قسم بطريقه وشربه) هذا القيد لبيان الافضل اذ لو لم يفعل او لم يمكن جاز على ما سيجئ (قوله ويجعلها قرعة) اى يجعل اسامي هم قرعة ثم القرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل عن نفسه حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقراع جاز كما في الهداية ثم ان كان القاضي او امينه قاسما فليس لاحد هم ان يأبى بعد خروج بعض السهام بالقرعة كما لايلتفت الى اباء البعض بعد خروج القرعة وان كان يقسم بالتراضي صح رجوع بعضهم بعد خروج بعض السهام الا اذا بقي واحد لتمام القسمة كما في النهاية والمحيط وفي نوادر ابن رستم لو كانت القسمة من القاضي اوقاسمه فليس لاحد الشركاء الرجوع وان لم يخرج السهام اصلا اقول هذا اوفق لما في الهداية تدبر كما لايخفى (قوله الا اذا تعذر) بان لاتفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم كما في الكافي وذكر في التاتارخانية رجلان بينهما خمسة ارغفة لاحدهما رغيفان وللآخر ثلثة فجاء ثالث فاكلوا جميعا مستوين فلما فرغوا اعطاهما الثالث خمسة دراهم وقال اقتسماها بينكما على الاكلات قال الفقيه ابو بكر لصاحب الرغيفين درهم ولصاحب الثلثة اربعة دراهم وقال الفقيه ابو الليث وعندي ان لصاحب الرغيفين درهمين وللآخر ثلثة وقالوا ماذكره هذا الفقيه ظاهر خطاؤه والكلام فيه طويل اقول وجه الاول ان ماكول كل منهم رغيف وثلثا رغيف والثالث قد اكل

التحليف ثمه بل يؤمر المقر بتسليم المقر به الى المقر له لان الاقرار طوعا ملزم ومن ذلك قيل
هنا لاتقبل الدعوى للتناقض ولا بالتحليف هنا لما ان المدعى اعتمد على فعل القاسم الامين ثم
لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في قوله فلا يؤاخذ باقراره السابق بعد ظهور الحق فحينئذ يؤمر
باتيان البرهان على الغلط و يترتب عليه التحليف ان عجز (قوله لان الناكل كالمقر) اتى بالكاف
لان الناكل باذل عند ابى حنيفة وانما هو مقر عندهما و هذه العبارة تجمع كلا المذهبين و قوله
قالوا الخ القائلون هم الامام السرخسي وقاضيخان وصاحب الهداية (قوله لانه يدعى عليه
الغصب) اشار به الى انه لاتحالف بينهما اذ التحالف لايجرى في مثل هذا فاذا حلف لم يثبت
الغلط والقسمة ماضية وان نكل ثبت فتعاد القسمة كما في الذخيرة (قوله ولم يسلمه) اى كل ما
اصابني وذا اعتراف منه انه مستوف بعض ما اصابه دون البعض والتصوير عليه صرح به
الصدر في شرح ادب القاضي وقوله تحالفا يعني اذا كان المقسوم بعينه قائما كما هو كذلك
في الاختلاف في قدر المبيع ثم ان القسمة هل تنفسخ بنفس التحالف او تحتاج فيه الى فسخ
القاضي اختلف المشايخ فيه و الصحيح احتياجها اليه على ماسبق في باب التحالف كما في البدايع
هذا كله اذا لم يكن لهما او لاحدهما بينة فان كان لاحدهما بينة يقضى بها وان برهنا
اخذت بينة المدعى لانه خارج كما في المنح وسيجيء (قوله فصار) اى الاختلاف في مقدار
ماحصل له بالقسمة نظير الاختلاف في مقدار المبيع ولم يقل والثمن كما قال به الزيلعي لان الواحد
يكفي في التنظير على ان التحالف كما يجرى في الاختلاف في قدر المبيع والثمن يجرى في الاختلاف
في قدر المهر وفي قدر بدل الاجارة والمنفعة ومقام التنظير ليس مقام التفصيل كما لايخفى (قوله
ولو اختلفا في التقويم) اقتفى في هذا التفصيل اثر صاحب الهداية مع ان قوله فيما بعد ولو ظهر
غبن فاحش الخ يغنيه ولكن مثل هذا التكرار سيما بين المتن والشرح ولايبعد من المصنفين كما ان
قوله ولو اقتسما دارا تكرار في المتن قد افاده قوله وان قال قبضته الا انه اعاده ليذيل
بقوله فعليه البينة الخ وليبنى عليه بعض المسائل ومن ديدنهم لايعدون مثل هذا من قبيل
الحشو والتكرار كما ان ديدنهم عدم غاية الاختصار غالبا كما لايخفى على من تدرب (قوله لاتفسخ
القسمة اتفاقا) ولكن يثبت الخيار للمستحق عليه ان شاء نقض القسمة اذ الاشقاص في الاعيان
المجتمعة عيب وان شاء يرجع في نصيب شريكه بالربع في النصف مثلا كما لو استحق كل نصيبه
يرجع بالنصف كما في الشروح ولم يتعرض لاستحقاق البعض المعين من نصيب كل واحد
لانه اومتساو وبين كان الامر ظاهرا ولو احدهما زائدا اعتبر ذلك الزائد فيرجع به في نصيب
شريكه كما في هذه الصورة فظهر انها مذكورة معنى وان لم يذكر صورة وصراحة وهذا هو
مراد صدر الشريعة بانها لم تذكر كما لا يخفى (قوله ظهر دين في التركة) اطلقه فشمل دينا
لاجنبي ودينا لاحد المتقاسمين كدين مهر ادعت امرأته من الورثة على الميت فسكوته عند
القسمة لم يكن ابراء لان القسمة تصادف الصورة وحق الغريم بالمعنى دون الصورة كما في المنح
وقيد بالدين لان احد المتقاسمين لو ادعى عينا من اعيان التركة باى سبب كان بالشراء او الهبة
اوغيرهما بعد القسمة لم تسمع لان اقدامه على قسمة هذا العين يكون اقرارا منه بانه مشترك
ثم الذخيرة وغيره (قوله واو ظهر غبن فاحش) اطلقه فشمل تحققه بالقيمة او يكون عين
وقوله بان اكثر من عين الآخر من جهة الوزن او الذراع او العدد كما في تكملة المولى زكريا
.. بقوله القسمة وقوله له ان يبطل القسمة جزاء الشرط واشار باللام الى

انله ان لايبطل و بعضى عليه وقوله فقد قيل الخ يدل من جزاء الشرط وانالك وقع هذا جزاء
الشرط فى التبيين وتفصيل له ثم الظاهر من التقييد بالقضاء ان لاتبطل لوكانت بالتراضى
وهو مضمون قول من قال انه لايلتفت الى قول من يدعيه الخ وهو مختار صدر الشهيد ومختار
صاحب الهداية وتبعه المصنف واما قول من قال ان دعواه تسمع وتفسخ القسمة فختار
بعض مشايخ عصر الصدر وهو مختار صاحب الكافى فظهر ان الارجح عند المصنف
الاول ولذلك اخذه فى مفهوم المتن وذكره على وجه المختار فى شرح المسئلة السابقة ولله دره
فى التحقيق والتوفيق وكيف يكون فى كلامه حشو بلا طائل تدبر (قوله ادعى احد المتقاسمين)
هذا من قبيل ماهو تصريح بما علم ضمنا ولذلك شرحناه فيما سبق (قوله وشرعا قسمة المنافع)
اشار بهذا ان المهايأة بطريق القسمة وهو الصحيح لابطريق الاعارة كما قال به البعض ولا
بطريق الاجارة كما قال به بعض آخر كما فى الظهيرية والمصنف اختار القول الصحيح ولذا
اورد المهايأة بطريق القسمة وان كان تابعا فيه لصاحب الهداية وقوله والقياس الخ يريد به انها
جائزة استحسانا بالاجماع وسنده ماروى انه عليه السلام قسم فى غزوة بدر كل بعير بين ثلاثة نفر
وكانوا يتناوبون فى الركوب وقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهذا هو المهايأة بقسمة
العين من حيث الزمان مع قسمة المنافع وعين الماء مما يحتمل القسمة ومن ذلك جوزوا المهايأة فيما يحتمل
القسمة كالدار والارض ونحوهما مع ان مقتضى ثبوتها على خلاف القياس ان يتقدر بقدر
الضرورة وذا يندفع بالمهايأة فيما لايحتمل القسمة فلاحاجة الى ارتكاب الضرورة فيما يحتملها
ايضا بان يقتضى القسمة مؤنة قوية او يقتضى المصلحة تأخرها قدرا من الزمان اذا ظاهر
جوازها من غير عدم وجدان هذا كما لايخفى (قوله ان يستغل) من الاستغلال بالغين المعجمة اى
ان يؤجر ويأخذ اجرته شرط ذلك الاستغلال فى عقد المهايأة اولا وقوله لحدوث المنافع على
ملكه اى على ملك المحل منافع له وفى العارية ليس كذلك ولذلك لم يملك المستعير الايجار والاجرة
على انه لوجوز ايجار المستعير يلزم زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء المدة بخلاف
ايجار احد الشريكين ما اصابه بالمهايأة لانه جاز للآخر ان يؤجر ما فى يده ايضا الى انقضاء
المدة تدبر (قوله ويجعل) عطف فعلية على اسمية اى يجعل كل من الشريكين
كالمستقرض الخ وقوله وانما قلنا الخ لاخفاء فى انه مستغنى عنه بعد التصريح بقوله اذا كانت المهايأة
فى المكان الخ وقوله وكذا لوتهايآ فى الزمان فى عبد واحد الخ بان يخدم احدهما شهرا ثم الآخر
وضمير فيه عائد الى العبد كما ان ضمير انها عائد الى المهايأة (قوله فى سكون هذا بعضا الخ)
قيد بالسكون فى بعض دار لان التهايى بالسكون لوفى دارين بان يسكن احدهما فى دار والآخر
فى اخرى اختلفت الرواية فيه ففى ظاهر الرواية وهو قول ابى يوسف ومحمد انه يجوز بالتراضى
ويجبر القاضى عليه ايضا كما فى الهداية وقوله كسكنى بيت صغير وهذا مهايأة من حيث
الزمان يجرى فيها جبر القاضى وقيد بالصغير لان المهايأة فى البيت الكبير لم تجز كما فى الخزانة
وفى الخانية يجوز ذلك فيه ايضا ولكن لايجبره القاضى على ذلك (قوله بخلاف المهايأة فى استغلال
دار واحدة) ولوفضلت الغلة فى نوبة احدهما يشتركان فى الفضل وعليه الفتوى وقيد باستغلال
دار لان التهايى لوفى دارين لايجرى جبر القاضى فيه عند ابى حنيفة كما يجرى فى الدار الواحدة
ذكره الكرخى وقال السرخسى الاظهر ان القاضى يجبر فيهما الا ان فى الدارين اذا كانت
غلة احدهما اكثر لايرجع الآخر عليه بشئ كما فى الخانية (قوله واما فى عبدين او بغلين الخ)

﴿ وهذا ﴾

هذا عند ابي حنيفة واما عندهما فتصح وقوله او لبن شاة ونحوه والحيلة في مثله ان يشتري
حظ شريكه ثم يبيع كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن ونحوه بقدر معلوم استقراضا وقرض
المشاع جائز كما في الشروح (فرع) امة بين اثنين خاف كل من الآخر فقال تكون يوما عندي
ويوما عندك وقال الآخر بل نضعها على يدي عدل قال المشايخ يحتاط في الفروج الا ان
ليس للقاضي في مثله سبيل على شيء كما واخبر القاضي ان فلانا يأتي في جواريه في غير المأتى
او يستمتع بهن في اثناء او يطأ زوجته في الحيض او امته من غير استبراء ليس للقاضي عليه سبيل كما في
التاتارخانية في فصل ثاني عشر قبيل المتفرقات قد تم كتاب القسمة بتوفيق الله تعالى وعنايته
مبتهلا اليه تعالى وسبحانه ان يجعل لهذا العبد الفقير نصيبا من منازل الجنة في القسمة
الازلية ﴿ كتاب الوصايا ﴾ (قوله والوصية اسم بمعنى المصدر) ثم سمي به الموصى به وفي
المثل ارسل حكيما واوصه اي انه وان كان حكيما فانه يحتاج الى معرفة غرضك وفي ضده ارسل حكيما
ولا توصه اي هو مستغن عن الوصية قالوا المثلان قالهما لقمان عليه السلام لابنه كما في المنح وغيره
اقول المثل الاول بناء على حال المرسل اسم فاعل فان المناسب لشأنه تفهيم غرضه وان كان المرسل
اسم مفعول حكيما والمثل الثاني بناء على حال المرسل اسم مفعول فان اللائق له ان يعمل بمقتضى كلام
المرسل ومرامه وان لم يصرح بذلك كما لا يخفى (قوله وشرعا آه) لا خفاء في ان معناها الشرعي اخص
من معناها اللغوي بنقص من ذلك تدبر والعلم عنده تعالى (قوله ولما امتنع تعريف اللفظ المشترك الخ)
هذا الامتناع كامتناع تعريف المستثنى المتصل والمنقطع بمفهوم واحد لمغايرة بينهما مع انه لا مانع
لادراج الكل في تعريف واحد وهو ما صرح به في البدائع ان الوصية اسم لما اوجبه الموصي
في ماله بعد موته وذا اعم من جعل الغير مالكا الخ الا ان المشايخ يستحسنون نوع التفصيل في
مثله ويعدون مغايرة النوع مغايرة الجنس فيعرفون كل نوع بتعريف على حدة وقلما يلتفتون
الى تدقيقات ارباب العقل سيما في علم الفقه تدبر (قوله الاول اي الباب الاول الخ) والباب الثاني
ما يجيء في آخر الكتاب (قوله ركنها قوله اوصيت بكذا لفلان) ظاهره على ان الركن هو
الايجاب فقط وهو قول زفر رحمه الله تعالى واما عند علمائنا الثلثة فركنها الايجاب والقبول
فما لم يوجدا جميعا لا يتم الركن كما في المنح ولكن لما اعتبر قبولها وردها بعد موت الموصي وعدم
رد الموصى له الى ان يقع يأس من رده قبولا كان ركنها ايجابا من الموصي قبل موته ولذا اكتفى
بذكره المصنف لا لانه الركن فقط تدبر (قوله جازت بالثلث للاجنبي الخ) قيد به لان الوصية
للوارث انما يجوز باجازة بقيته كلا او بعضا وفي اجازة البعض بقدر حصته على ما سيجيء التفصيل
ان شاء الله تعالى (قوله ويعتبر كونه وارثا الخ) وكذا يعتبر كون الموصى به ثلثا وقت قسمته
لا وقت الوصية ولا وقت الموت كما في المنصورية وذكر في الخلاصة معزيا الى الزيادات ان المرأة
اذا اوصت بنصف مالها لزوجها ولم يكن وارث آخر فالمال كله للزوج النصف بحكم الارث
والنصف بحكم الوصية اقول وجه رواية عدم جواز الوصية للزوج كونه وارثا وقت موتها
وذا هو الظاهر ووجه رواية الجواز ان لا قرابة له بها بعد اخذ فرضه ومن ذلك عدم جواز
الرد عليه على ما صرح به في علم الفرائض فيظهر منه ان الزوج اذا اوصى بثلثة ارباع ماله
لزوجته ولم يكن وارث سواها ينبغي ان يكون المال كله للزوجة الربع بحكم الارث والباقي
بحكم الوصية على ان ليس فيه تأذي بعضهم بايثار البعض وفي الخانية ما يقتضي ذلك كما
لا يخفى وذكر فيها ايضا معزيا الى العيون انها لو اوصت لرجل بنصف مالها ولم يجز الزوج

فللموصى له النصف وللزوج الثلث والسدس لبيت المال وذكر في المنبع ان الزوج لواجازها فالمسئلة من اربعة سهمان للموصى له وسهم للزوج وسهم لبيت المال وصور فيه اثنى عشرة مسئلة وهذه واحدة منها فلتطلب منه (قوله لانعقاد سبب زوالهم اليهم) والى متعلق بالزوال بتضمين معنى الانتقال وضمير هو راجع الى انعقاد السبب والسبب هو مرض الموت والتحقيق ان المرض سبب الموت وبالموت ينتقل ملكه اليهم لاستغنائه عنه فاذا انعقد السبب ثبت لهم ضرب حق في ماله وكان القياس ان لا يملك المريض الايصاء اصلا لكن الشرع الخ كما في المنبع وغيره فظهر ان الضمير المنصوب في جوزه ولم يجوزه عائد الى الوصية باعتبار معناها المصدري اوالى الايصاء كما هو الظاهر من الشروح وعليه استقامة المعنى لانه عائد الى الاستغناء كما ظن (قوله الا ان يجيز ورثته الخ) ولو اجازها البعض دون البعض جازت عليه بقدر حصته وبطل في حق الراد كما لو ترك ابنين واوصى لرجل بنصف ماله فان اجازاها فلهما الربعان وله الربعان ايضا وان لم يجيزاها فلهما الثلثان وله الثلث وان اجاز احدهما فللمجيز الربع وللراد الثلث والباقي للموصى له وتصح من اثنى عشر ثلثة وهي الربع للمجيز واربعة وهي الثلث للراد والباقي وهو خمسة للموصى له وهكذا الاعتبار في كون الموصى له وارثا ولو اوصى بثلث ماله اونصفه لبعض ورثته ولاجنبي ففي صورة اجازة بقية الورثة يكون الموصى به بينهما نصفين وفي صورة عدمها جازت الوصية في قدر حصة الاجنبي من الثلث وبطلت في حصة الوارث كما لو اوصى لاجنبيين فرد احدهما دون الآخر كما في البدايع (قوله وهم اسقطوه) اي بالاجازة واشار بهذا ان كل ما جاز باجازتهم يملكه المجاز له من قبل الموصى لا من قبلهم عندنا وهو الصحيح عند الائمة الثلثة ايضا حتى صح في مشاع يحتمل القسمة وصار ملكا للموصى له قبل القبض ويجبر الوارث على التسليم ولو كان تملكه من قبل الورثة يصير الاحكام على ضدها كما في المنبع (قوله وندبت) اي الوصية ان لم يكن عليه حق الله تعالى اوللعباد وان كان عليه ذلك فتجب اما الوصية بالاول فهو ما صرح المصنف به من نحو الزكوة واما الوصية بالثاني كرد الودايع والديون المجهولة واراد بالوصية المندوبة وصية بالكفارات وفدية الصلوات والصيامات ونحوها واما الوصية للاغنياء من الاجانب والاقرباء فباحة ولاهل الفسق والمعصية فمكروهة كما في المنبع والمجتبى وانما قيد بالاقل لان في ترك شئ من الثلث للورثة صلة للقريب واذا استكمل الثلث فقد استوفى تمام حقه ثم المندوبة عند غنى ورثته الخ ثم الوصية بالثلث ومادونه للاقارب الغير الوارثين افضل من الوصية للقريب الموالى اذ هو اقرب الى الاخلاص وابعد عن الرياء وسبب زوال العداوة وصيانة للقرابة عن القطيعة لما ان الانسان عبيد الاحسان هذا اذا استوى الفريقان في الفضل والدين والحاجة واحدهما معاد واما اذا كان الموالى اصلحهما واعفهما واحوجهما فالوصية له اولى لوقوع الوصية اعانة له على طاعة الله تعالى كما في البدايع (قوله اواستغنائهم بحصتهم) ومقدار ما يقع به الاستغناء اصابة كل واحد من الورثة اربعة آلاف درهم بالارث دون الوصية على ماروى الحسن عن ابي حنيفة واصابة عشرة آلاف درهم لكل منهم دونها على ماروي عن الشيخ ابي بكر محمد بن الفضل البخاري كما في الخانية وغيرها وعن ابي يوسف رحمه الله ان ترك الوصية افضل اذا كانت الورثة صغارا كما في المنبع (قوله لانه تردد بين الصدقة على الاجنبي الخ) لايقال الوصية تشمل وصية للاغنياء فكيف يرجح على تركها وفيه صلة الرحم لانا نقول هذا مبني على الغالب وهو

الوصية للفقراء والمساكين اولغني مشغول بنفع الناس كعالم اوصالح يتعبد ويدعو للمسلمين فطلاق الوصية تنصرف اليه كما في المقدسي والكاشح هو الذى يخفى عداوته فى كشحه وهو ما بين الخاصرة الى الضلع وانما خص بذكره لما سبق ان الوصية له اقرب الى الاخلاص الخ بل ومن ذلك الحديث وامثاله كانت له افضل كما لايخفى (قوله ولولاهما) اى اولاغناهم ولااستغناهم بحصتهم اشار بهذا التفسير ان اوفى قوله اواستغناهم مانعة الخلو لا مانعة الجمع يعنى لولاهما معا فالترك اولى كتركها لامع احدهما فالمسئلة الاولى بناء على كون او غيرمانعة للجمع والثانية بناء على كونها لمانعة الخلو قدمها اشارة الى ان الترك فيها اولى من الترك فى الثانية وهذا الاهتمام اوجه من جعل الاقوى مشبهابه اذالمسائل الفقهية اذااتفقتا فى حكم يبين ذلك فيها بجعل بعضهامشبهاو بعضهامشبهابه من غيرملاحظة كون ذلك الحكم فى المشبه به اقوى فظهران قوله ولولاهما فالترك اولى متن كقوله كتركها لامع احدهما فلاخلل فى المتن هنا سوى ان لفظ لاساقط من قلم الناسخ ولذاوقعت النسخ المتداولة هكذا كتركها مع احدهما ومن ذلك تشتت الآراء فبدل بعض كلمة اوفى استغناهم بالواو و بعض جعل المسئلة الاولى من الشرح و بعض جعل المسئلة الثانية سهوا والكل ساقط بالتحقيق السابق تدبر (قوله كالزكوة والحج) قال الامام الزيلعى فى التبيين وان كان عليه حق مستحق لله تعالى كالزكوة والصيام والحج والصلوة التى فرط فيها فالوصية واجبة انتهى واقول هذا يقتضى ان ماتعد مستحبة من الوصية فيما سبق ان تكون من قبيل الواجبة فحينئذ الاستحباب فيما يكون قربة من وجوه الخيرات ومايكون وصية للفقراء ثم اذااجتمعت الوصايا والثلث يضيق اومتساوية يبدأ بمابدأ الميت وعن ابى يوسف يقدم الواجب على النافلة والحج يقدم على الغير فى رواية وهووالزكوة يقدمان على الكفارات وهى على صدقة الفطر وهو على الاضحية كما فى البزازية وسيجئ بعض التفصيل عند قوله اجتمع الوصايا (قوله والوصية تبرع وتقدم الدين على الوصية بالتبرع ظاهر) واما تقدمه على وصية بالواجب فلان حق العبد مقدم وكان النبى عليه السلام يبدأ بالدين كما فى المقدسي وعورض بان تنفيذ الوصية فرض على الوارث ايضا والجواب عنه ان اداء الدين فرض على الميت فانتقل منه الى الوارث بسبب ماله فيكون فرضا عليهما بخلاف التنفيذ فيكون فرضية اداء الدين اقوى ومنساق الذهن من كلامهم اداء الدين على الوصايا الواجبة كالحج والزكوة تبصر العلم عنده تعالى (قوله وصحت لمملوكه بثلث ماله) اراد بالمملوك القن مذكرا كان او مؤنثا هذه الصحة فى قولهم جميعا الاان بين الامام وصاحبيه اختلاف فى كيفية الصحة على مافصلها فى الشرح واشار بالمملوك الى انه لو اوصى لمكاتب نفسه الخ جازت مطلقا وقيد بمملوك نفسه لانه لوكان مملوك وارثه قنا كان اومكاتبا اوغيره لاتصح كما فى البدايع وقيد بالثلث لانه لواوصى له بدراهم مشار اليها اودابة مشار اليها اوعرض مشار اليه اوماشبه ذلك فانها لايجوز واشار به الى انه لواوصى له بشئ من رقبته نحوالثلث والربع فانها يصح بالطريق الاولى واما لواوصى له بالف اوالفين مرسلة من غير اشارة الى شئ فلا رواية فيها عن اصحابنا ومن ذلك اختلاف مشايخنا فقال بعض بصحتها و بعض بعدم صحتها كما فى الذخيرة اختاره النسفى كما ترى فظهر ان اطلاق مافى المنية محتاج الى التقييد وان وافقه اطلاق مافى الخانية والى الحمل تدبر (قوله فيتقاصان) اى القن اوالقنة والورثة من غير تراض لوكان ثلث باقى المال من جنس قيمة القن كالدراهم اوالدنانير وان كان من خلاف الجنس يقع المقاصة بتراضيهم كما فى الشروح وذكر فى الحقايق

قال في مبسوط خواهر زاده وكان الميدانى يقول يقع المقاصة من غير تراض وان كان الجنس مختلفا كما في المنبع وعليه اطلاق كلام المصنف ثم قوله في كلهم الصواب في قولهم كما هو العبارة في الخانية اوان يقال في قولهم كما ان العبارة في بعض الكتب في قولهم جميعا فحينئذ لفظ قول ساقطا من قلم الناسخ الاول (قوله لكن الثانية اى الوصية بالحمل انما يصح الخ) ظاهر المتن على ان هذا القيد اى قوله ان ولدا الخ قيد للمسئلتين كما هو مقتضى سائر المتون الا ان المصنف خصه بالثانية لما انه قيد لها على الاطلاق واما كونه قيدا للاولى ايضا فانما يصح ان لو كانت الحامل منكوحة اما لو كانت معتدة عن طلاق اووفات فولدته لاقل من سنتين من وقت الطلاق فله الوصية ايضا والمفروض تطليق الزوج اوموته بعد الوصية والمسئلة مفصلة في المنبع نقلا عن المحيط والبدايع والاختيار فمن نظر انه يصح ان يكون قيدا للاولى ايضا ولو في بعض الصور ابقى على اطلاقه ومن نظر انه انما هو قيد مطلقا للثانية خصه بها وللناس فيما يعشقون مذاهب (قوله من وقت الوصية) هذا رواية القدورى غير ظاهر الرواية مختار الطحاوى ومختار صاحب الهداية وصححها الاسبيجابى في شرح الكافى واما على ظاهر الرواية فيعتبر من وقت موت الموصى واليه ذهب الفقيه ابو الليث واختاره صاحب النهاية وجه الاولى ان سبب الاستحقاق هو الوصية فاعتبار وقت وجودها اولى ووجه الثانية ان وقت نفوذ الوصية واعتبارها في حق الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك الوقت كما في المنبع وذكر في الكافى ما يدل على انه اذا اوصى له يعتبر من وقت الوصية وان اوصى يعتبر من وقت الموت ذكره الزيلعى اقول هذا عمل بالروايتين مهما امكن فيما هو انسب والیق ان لا يتجاوز عن العمل به الا انه يقتضى كون الشرط قيدا لكلتا المسئلتين كما هو الافيد كما لا يخفى العلم عنده تعالى (قوله في هذه المدة) وهى اقل مدة الحمل وهو في الآدمى ستة اشهر وفي الفيل احد عشر شهرا وفي الابل والخيل والحمار سنة وفي البقر تسعة اشهر وفي الشاة خمسة اشهر وفي السنور شهران وفي الكلب اربعون يوما وفي الطير احد وعشرون يوما كما في القهستانى معزيا الى كتاب الاستيفاء (قوله اقول لا يخفى بعده) وجه بعده ان لفظ باطلة في عبارة الجامع الصغير مما يأبى التوفيق المذكور جدا اذ قد تقرر ان العقد الباطل لا يفيد الملك بخلاف الفاسد اذ لو كان اللفظ في الجامع الصغير لفظ فاسدة لكان لهذا التوفيق وجه وليس فليس وقوله بل وجه التوفيق الخ اعترض عليه بان في لفظ السير ما ينافى هذا التوفيق على ما نقله صاحب المحيط وهو لو اوصى مسلم لحربى والحربى في دار الحرب لا يجوز فيظهر منه انه كيف يكون المستأمن هو المراد مما ذكر في السير اقول مراد المصنف ان ما قالوا من ان ما في السير الكبير ما يدل على الجواز اذ لو صح على انهما امتان في الاخذ والنقل فالتوفيق بان يراد بالحربى مستأمن في عبارة السير الكبير واما اذا كان الامر كما ذكره صاحب المحيط فلا مخالفة بينهما ولا حاجة الى التوجيه للتوفيق ولكن ذكر في شرح الطحاوى قالوا وذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربى واختلف المشايخ فيه منهم من وفق بينه وبين ما في الاصل انه لا ينبغى ان يفعل كما ذكر في الاصل ولكن لو فعل جاز ويثبت الملك للموصى له كما ذكر في السير الكبير ومنهم من قال في المسئلة روايتان الى آخر ما ذكره فظهر ان التوفيق بما ذكره المصنف فقط لو صح ما قالوا او بما في المسئلة روايتان لا مخالفة بينهما على ما ذكره صاحب المحيط تدبر العلم عنده تعالى (قوله وقاتله مباشرة) اراد به قتلا حراما كما في المنبع اطلقه فشمل ما اوصى له بعد الجرح او قبله كما في المقدسى وقوله الا باجازة ورثته

هذا الاستثناء على قول الطرفين و اما عند ابي يوسف فالوصية للقاتل لم تجز اجازه الورثة اولم يجيزوا لانها باطلة عنده ولذلك لواوصى لقاتله وليس للموصى وارث جازت الوصية عندهما خلافا لابي يوسف كما في الظهيرية وقيد بالقاتل لانه لواوصى لابن القاتل ولابويه اولجميع قرابته جازت الوصية كما في البدايع اما لواوصى لمكاتب قاتله اولمدبر قاتله اولام ولد قاتله لم يجز الوصية الاباجازة الورثة كما في الخانية اقول انها صحت لو لم يكن للموصى وارث كما لايخفى (قوله وهوالارث) الظاهر ان يقال وهوالوصية كالارث وقوله او يكون القاتل صبيا وكذا صحت لوكان القاتل مجنونا في قولهما خلافا لابي يوسف كما في الخانية (قوله ولامن معتقل اللسان) بضم الميم وفتح القاف على بناء المفعول اذاكان محبوسا عن الكلام لفلج اصابه اومرض ولم يقدرعليه قيد بالمعتقل لان وصية الاخرس صحت على ماصرح به في الشروح وفي العمادية اطلق الاشارة فشملت الاشارة برأسه او بيده او بعينه او بحاجبه والكل حجة في حق الاخرس في الاحكام المذكور كما في البرجندي وقوله في وصية الى اخره متعلق بايماء الاخرس وكتابته يريد به ان ايماءه وكتابته كالبيان في امثال هذه الاشياء الا في الحدود كما في المنبع (قوله و قدر الامتداد بسنة) قال التمرتاشي حد الامتداد سنة كما في المنبع وروى الحسن عن ابي حنيفة ان تلك المدة كمدة العنة كما في العمادية وقوله وقيل الخ قائله الحاكم الشهيد عن ابي حنيفة وقوله ذكره الزيلعي وكذا ذكره الامام المحبوبي كما في المنبع ولووجب يمين على الاخرس فانه يحلف وصورة تحليفه ان يقول له القاضي عليك عهد الله وميثاقه ان كان كذا فاومى برأسه بنعم يصير حالفا ولايقول له بالله ان كان كذا لانه لواشار برأسه بنعم في هذا الوجه يصير مقرا بالله ولايكون حالفا كما في الخانية اقول يظهر منه ان اسلام الاخرس بان يقول الملقن انت مقر بالله ووحدانيته ومحمد رسول الله وتركت الدين الفلاني ولواشار برأسه بنعم يكون مسلما وذكر في الخانية والعمادية ان اشارة الاخرس معتبرة وان قدر على الكتابة ولم يكتب مراده وقال البرجندي هو الصحيح (قوله اى قبول الوصية لايعتبر الابعد موت الوصي) هذا المعنى مستفاد من اضافة المصدر فانها تفيد الحصر على ماصرح بها الرضي وقبلها الفحول (قوله لان الوصية اثبات ملك جديد) يعني ان الايصاء اثبات الملك للموصى له ابتداء ولهذا اى ولكونه اثبات ذلك ابتداء لايرد الموصى له الموصى به على بايع الموصي بالعيب والملك المتجدد يستدعي سببا مبتدأ ولايملك احد الى آخره وقوله حتى يثبت فيه اى في الميراث هذه الاحكام اى الرد بالعيب والرد عليه به وثبوت الملك بلا اختيار فاراد الجمع بهذا اذ الرد عليه يتصور فيه ثم يتفرع على لزوم القبول ان الموصي به لوكان ولد الموصى له لايعتق عليه مالم يقبل او يمت بدون الرد اذ موته بدونه يعد قبولا كما في الشروح (قوله فصار كمشتري قبل قبوله) اى صار موت الموصى له كموت المشتري الخ هذا هو الموافق لما في الشروح فسقط من قلم الناسخ لفظ موت مع الالف واللام لو ثبت الباء والا كما في بعض النسخ فلفظ موت فقط وقوله وجه الاستحسان ان الوصية الخ وان القبول بعينه من الموصى له ليس بركن بل الركن من طرفه عدم الرد وذلك حصل بوقوع اليأس عن الرد منه فتم الركن من طرفه ايضا كما في المنبع (قوله او يزيد في الموصى به مايمنع تسليمه بدونه) كلت السويق بالسمن او عكسه وقوله كالبناء اراد به احداث بناء في دار موصى بها بخلاف تخصيص الدار وهدم بنائها وكون الحمل كبشا وصيرورة الرطب تمرا واما لوصار بيض فرخا وعنب زبيبا فتبطل الوصية لوجود التبدل ولو كان هذا بعد موت الموصي قبل قبول الموصى له او بعده لم تبطل كما في المقدسي وذكر في البدايع امور لبطلان الوصية سوى ماذكره المصنف وهي جنون الموصي

مطبقا لانه قد اعتبر لبقائها كونه اهلا الى الموت وحد الاطباق شهر عند ابى يوسف و سنة عند محمد وموت الموصى له قبل موت الموصى وهلاك الموصى به واستثناء كل الموصى به فى كلام متصل هذا عند محمد و عند الشيخين لا تبطل الوصية به بل تبقى صحيحة و هو الارجح وباقى التفصيل فيه (قوله فكان تقريرا) فيحمل على ان غرضه ايصال الموصى به الى الموصى له على الطف حال وقوله فصار هذا المعنى اى فعل يقتضى صرفه الى حاجة نفسه عادة اصلا اى فى الرجوع ايضا اى كفعل يقتضى زوال ملكه ونحوه حاصل هذا الفعل ما يقتضى تبدل الموصى به فلا يدخل تحت قوله و فعل يقطع حق المالك تدبر كما لا يخفى (قوله الجحود ليس برجوع) كذا فى الجامع الكبير وذكر فى المبسوط انه رجوع ومن ذلك اختلفوا فى التوفيق بينهما فنهم من حمل ما فى الجامع على غيبة الموصى له وما فى المبسوط على حضرته ومنهم من قال ما فى الجامع قياس وما فى المبسوط استحسان ومنهم من قال فى المسئلة روايتان وقال شيخ الاسلام وهو الاصح ومنهم من قال ما فى الجامع قول محمد و ما فى المبسوط قول ابى يوسف وقول محمد مختار صاحب الهداية وقال شمس الائمة السرخسى وهو الاصح وقال فى الكافى وهو الاصح وفى التبيين وهو الصحيح وفى المجمع ويختار قوله للفتوى وذكر فى العيون ان الفتوى على قول ابى يوسف رحمه الله تعالى كما فى شرح المجمع للعينى وقبله الغزى ومن ذلك سكت المصنف عن التفصيل واثبت قوله كانه هو المذهب ولله دره وقال المقدسى بعد تحقيق دليلهما واقول ينبغى ان يتأمل عند الفتوى والحكم فكل وجهة يقوى (قوله ذاهب متلاش) اى مضمحل وذا لا يدل على البقاء وقوله لان اللفظ يدل على قطع الشركة اذ حول لفظ ما اوجبه للاول الى الثانى ومن ضرورة تحويل شئ من محل الى محل ان لا يبقى ذلك الشئ فى المحل الاول كما فى فوائد ارشد الدين على الهداية وقوله فيكون العبد اى المحل الموصى به عبدا كان او غيره هذا مقتضى وضع المسئلة وذكر العبد اتفاقى وتبع لصاحب الهداية لانه وضعها عليه ومثل هذا ناش من عدم الاهتمام وقد وقع غير مرة فى الشرح كثيرا (قوله من ضرورات الاثبات) اى اثبات الموصى به للثانى اى الموصى له الثانى وقوله فهى لورثة الموصى وضمير هى راجع الى الوصية على ان يكون بمعنى الموصى به كما نبه عليه فى صدر الكتاب (قوله الاصل فى هذا الفصل) اى فى الوصية وقوله لجواز الوصية و فسادها وقعت هذه العبارة فى موضعين هنا على طريق النشر الغير المرتب وقوله يعتبر خبران وقوله وفى الاقرار يعتبر الخ عطف على هذا الفصل و يعتبر على خبران على طريق عطف على معمول عاملين مختلفين و المجرور مقدم و اعادة فى لمجرد التأكيد بطول الفصل (قوله لانها تبرع) يتقرر حكمه عند الموت ولهذا تبطل بالدين المستغرق ولا يجوز بما زاد على الثلث كالوصية كما فى المقدسى (قوله اوعبدا اومكاتبا) اطلق المصنف كلامه هنا على ان الاقرار والهبة لهما غير صحيحة كالوصية و ان كان العبد فى صورة الاقرار مديونا اوغيره وعليه عبارة عامة المتون بل عليه عبارة الهداية ايضا لانه بعد تسويتهما فى صورة الاقرار والهبة والوصية ذكران فى صورتى الاقرار والهبة رواية للصحة واما فى صورة الوصية فلا رواية للصحة اصلا فيظهر منه ان الراجح التسوية عنده وهكذ افهم ارباب المتون واستقر كلامهم عليه تدبر والعلم عنده تعالى (قوله وغيرهما) اى الاقرار الاظهر ان يقول اى بعد الوصية وغيرها فيكون اخصر وقوله وهو الذى فى يده ارتعاش و يطلق ايضا على من فى رجله ارتعاش ايضا فى العرف كما فى البرجندى والتعميم هنا اولى كما لا يخفى (قوله ان طال مدته سنة) يعنى

ان اصابه واحد من هذه الامراض ولم يمت حتى طال مدته سنة يكون ذلك المصاب كالصحيح هذا هو المراد وعليه تصويره فى الشرح فلاحاجة للتعرض الى الموت فى المتن صريحا كما ظن وقوله والا كالمريض اى وان لم يطل مدته بان مات قبل سنة بعد ان يكون صاحب فراش لما صرح شمس الائمة فى جامعه الدق والسل ونحوهما قبل ان يصير صاحب فراش لايكون فى حكم المرض واما اذا اصابه وصار صاحب فراش يكون فى حكم المرض كما فى غاية البيان وغيره فاحفظ هذا (قوله وان مات بعد تمامها) لم يكن مرض الموت ولو صار صاحب فراش بعده اوتغير حاله بان اضناه ذلك المرض صار بمنزلة حدوث مرض كما فى الخلاصة والمقدسى (قوله ففى الفرض) اراد به العملى فيشمل الواجب فيكون المجتمع ثلثة انواع فرض وواجب ونفل فالاول كالزكوة والحج والصوم والصلوة والثانى كالكفارات والنذر وصدقة الفطر والثالث كالحج النفل والصدقة على الفقراء وما اشبههما من وجوه الخيرات كما فى المقدسى والعناية (قوله وان تساوت فى القوة) بان يكون كلاهما اوكلها فرائض اوواجبات اونوافل وضاق الثلث قدم ماقدمه الموصى فى الذكر الخ هذا ماذكره الشيخ ابو الحسن الكرخى ويختار صاحب الهداية وتبعه المصنف وذكر الطحاوى انه يقدم الزكوة على الحج فى رواية عن ابى يوسف لوجود حق الله وحق العبد فيها وفى اخرى عكسه وهو قول محمد لتعلقه بالمال والنفس كما فى الهداية ومشى عليه الزيلعى رحمه الله تعالى وصرح القدورى فى شرح مختصر الكرخى بان قول محمد ترجيح الزكوة على الحج ومشى عليه شمس الائمة السرخسى والبيهقى وصاحب التحفة والاقطع وصرح فى المنصورية عن محمد فى رواية صرفه اليهما نصفين ثم هما على الكفارات وهى على صدقة الفطر وهى على الاضحية والنذر ثم النذر يقدم على الاضحية وبحث صاحب البدايع فيه وحكم على عكسه ورده صاحب المنبع وكفارة القتل تقدم على كفارة الظهار واليمين وكفارة اليمين على كفارة الظهار كما فى الخزانة وصدقة التطوع افضل من حج التطوع عند ابى حنيفة اولا وعند محمد وفى قول ابى حنيفة اخرا الحج افضل كما فى المنصورية (قوله احج عنه راكبا) فاعل احج مستكن فيه عبارة عن الوصى او الوارث بقرينة اوصى وقوله راكبا مفعول لاحج اوحال من مفعول لاحج اوحال من مفعول مقدر بعد قوله عنه اوهو معنى المفعول والمستكن قائم مقام الفاعل والمرجع اعم من ان يكون وصيا اووارثا اوغيره وحينئذ يكون راكبا حالا عن المستكن لاغير ويكون الانسب ان يقدم على لفظ عنه وقوله فمن حيث يكفى حتى اوقال رجل ان احج من منزله بهذا المال ماشيا لايعطى له ذلك بل يحج عنه راكبا من حيث تبلغ النفقة كما فى المقدسى هذا رواية هشام عن محمد ولكن روى عن ابى حنيفة جوازه ايضا من بلده ماشيا ان لم يكف حجا راكبا لجوازه راكبا من حيث يكفى كما فى المنبع وقوله لانه اوصى بالحج بصفة وهى وجوبه عليه من بلده راكبا (قوله وقالا وهو قول زفر الخ) والمصرح فى عامة الكتب من نحو الهداية والكافى ان قولهما هنا استحسان وقول الامام قياس وهو قول زفر لان زفر معهما على انه لم يقل بالاستحسان كالثا فهى رحمه الله تعالى ثم ماذكره المصنف من الخلاف فى المسئلتين هو المصرح فى الهداية والكافى وهو رواية ابى حفص واما على رواية ابى سليمان فانما الخلاف فى الحاج عن الغير وفى موت الحاج عن نفسه يحج من موضع الموت اتفاقا كما فى المصفى واختير فى الحصر هذه الرواية ولذلك لم يذكر غيرها كما اختير فى الهداية رواية ابى حفص وتبعه عامة اهل المتون وقوله واما من لاوطن الخ انما ذكر فى شروح الهداية ولم اجده فى تبيين

الزيلعي وقد ذكر صدر الشريعة هنا انه عندهما يحج من حيث مات وان لم تبلغ النفقة ذلك فمن حيث تبلغ وهذه الرواية هي ما في الخانية وقد تبعه المصنف في كتاب الحج وقد سبق ثمة بعض تفصيل (قوله لم يعتق بالباقي) هذا اعني عدم الاعتاق والبطلان الآتي وعدم الجواز كلها عند ابي حنيفة خلافا لهما والتفصيل في الكافي

﴿ باب الوصية بالثلث ﴾

ولما ذكر مقدمات الوصية واطلاقها ذكر اقصى ما يدور عليه الوصية عند عدم اجازة الورثة وهو الثلث وترجم بباب الوصية بالثلث اي ثلث المال (قوله وان لم يجيزوا) الظاهر ان المتن ولم يجيزوا وان من الشرح وعليه العبارة الآتية والمقام معين لمرجع الضمير اي لم يجز الورثة الوصيتين كما في التبيين وقوله فالثلث بينهما نصفين اي بالاجماع كما في المنح وتصحيح المسئلة من ستة اذ لم يكن للثلث نصف صحيح فيضرب عدد رؤس من له الثلث اي اثنان في الثلثة لايقال هذا مخالف لما سبق من تقديم ما قدم عند التساوي لانا نقول ذلك في الوصية بحقوق الله ولو بطريق التصدق على الفقراء والمذكور هنا حق عبد معين فافترقا تفصيله في المنح في محاباة المريض (قوله لكن يعتبر في ان الموصى له الخ) لان الموصي قصد ان يكون نصيبه ثلثة امثال نصيب الآخر فيقسم الثلث بينهما على ذلك القصد اذ لا موجب لابطال هذا المعنى وهو القصد المذكور وما ذكرهنا في صورة عدم الاجازة واما في صورة الاجازة فلا رواية نصا من ابي حنيفة في هذه المسئلة واختلفوا فيها على تخريج من اصوله فقال ابو يوسف ومحمد تقسم كل المال بينهما اسداسا سدسه للموصى له بالثلث والباقي للموصى له بالكل ورد حسن بن زياد هذا التخريج وقال بل التخريج الصحيح ان يقسم المال بينهما ارباعا ربع لصاحب الثلث والباقي لصاحب الكل كما في المصفى مفصلا ولكن صححوا ان يكون قول ابي حنيفة على تخريجهما اذ هو الموافق لاصوله وما قاله الحسن انما هو موافق لاصولهما ومن ذلك ذكره في المنظومة على تخريجهما وتبعه صاحب المجمع وصححه صاحب المنح على تفصيل في التخريج والتصحيح (قوله فالثلث بينهما نصفان عنده) والتصحيح من ستة ولكل سهم منها وعندهما يجعل الثلث على خمسة اسهم سهمان الخ لما ان الورثة لو اجازوا في هذه المسئلة يجعل من ستة سهمان لصاحب الثلث وثلثة اسهم لصاحب النصف والباقي واحد للورثة فيراعى هذا المعنى في الثلث عند عدم الاجازة على ما سبق تدبر العلم عنده تعالى (قوله فالثلث بينهما اثلاثا) هذا ان لم يجز الورثة الوصيتين جميعا كما في المنح تركه لظهوره مما سبق وتصحيح المسئلة من تسعة وان اجازت الورثة فتصحيحها من ستة ولم يتعرض المصنف لصورة الاجازة لانها نادرة الوقوع ولانها تنفذ على وجه صدر وذا ليس بمحل اشتباه كما لا يخفى (قوله ولا يضرب ابو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث) ذكر في المغرب ان قولهم يضرب فيه بالثلث او الربع مأخوذ من ضرب في الجزور بسهم ان شرك فيها واخذ منها نصيبا والباء فيه للاداة فيكون معنى قولهم هذا يأخذ من التركة شيئا بحكم ماله من الثلث او الربع وهنا يضرب تضمن معنى الجمع بالام في قوله للموصى له كما هو مضمون ما في العناية يعني لا يجعل ابو حنيفة سهما ونصيبا للموصى له بمقابلة مازاد على الثلث بل يلغو الزيادة عليه وانما يأخذ الموصى له سهما بحكم ماله من الثلث واطلق عدم الضرب والمراد عند عدم اجازة الورثة (قوله الا في المحاباة) استثنى ثلاث صور الا ان التحقيق ان المستثنى خمس صور لان المحاباة تتناول ما حابى المريض بنفسه وما اوصى بالمحاباة وكذا السعاية تتناول اعتاق المريض بنفسه وما اوصى بالاعتاق فهذه اربعة فخمست بالدراهم المرسلة كما في المنح بل المستثنى

يتزايد على الخمس لما ذكره فى البنا يع ان السعاية هى العتق الواقع فى المرض والمعلق بالموت كالمدبر والموصى لعتقه والدراهم المرسلة هى كل وصية كانت بغير عينها ولم تنسب الى جزء من المال وذلك مثل قوله اوصيت لفلان بالف درهم او بمائة دينار وما اشبه ذلك انتهى (قوله فان لم يكن له غيرهما) اى ان لم يوجد للميت غير العبدين قيد به لانه لو وجد ماوراء هذين العبدين الفان وثمانمائة درهم خرجت الوصية من الثلث فتنفذ وقوله ولم يجز الورثة قيد به لانه لو اجازوا بهما تنفذ ايضا وقوله فيكون بينهما اثلاثا الخ والثلث فى هذه الصورة خمسمائة وستة وستون وثلثا درهم فيكون لصاحب الالف منها ثلثمائة وسبعة اتساع درهم وللآخر مائة وثمانية وثمانون وثمانية اتساع درهم فيأخذ الاول ذلك العبد بتسعمائة واثنين وعشرين وتسع درهم والثانى العبد الآخر بار بعمائة واحد عشر وتسع درهم كما فى المنبع (قوله صورتها ان يوصى بعتق عبدين الخ) وكذا لو اعتقها فى مرض الموت على ماسبق الاشارة اليه وقوله ثلثا الالف الخ فيكون للارفع ستمائة وستة وستون وثلثا درهم وقوله و يسعى فى الباقى وهو الف درهم وثلثة وثلثين وثلث درهم والساقط عن الاوكس ثلثمائة وثلثة وثلثون وثلث درهم وماسعى فيه ستمائة وستة وستون وثلثا درهم ولو كان هذا كسائر الوصايا عنده يسقط من كل واحد منهما خمسمائة وسعى الارفع فى الالف والخمسمائة والاوكس فى خمسمائة كما فى المنبع (قوله ووجه فرق الامام بين هذه الصور الثلث و بين غيرها الخ) هذا فرق دقيق انيق شريف كما فى صدر الشريعة وتبعه صاحب اصلاح الايضاح وقال فى المحيط وكان ابو حنيفة اسعد حالا واحسن مقالا واوضح احتجاجا و برهانا فما قال به وصية عادلة وما قالا به وان قال به مالك والشافعى واحمد ايضا وصية جائرة لانها باطلة فيجب تغييرها ولا يجوز تقريرها انتهى كما فى المنبع اقول وجه كون ماقال به وصية عادلة انها وصية اعتبرت من الثلث والغى مازاد عليه اعتبارا فى حق الموصى لهم كما الغى اصلا فى حق الورثة ووجه كون ماقالوا به وصية جائرة لان الموصى اراد به بوصية الزائد على الثلث جورا على الورثة وما كان جورا لم يجز تقريره فيجب تغييره فنزلت الى الثلث الغاء لاصل الزائد ثم اعتبار ذلك الزائد الملغى فى حق الموصى لهم تقرير ماهو جور من وجه كما لايخفى العلم عنده تعالى (قوله اى يقال للوارث اعط ماشئت) هذا عند الامام واما عندهما فيعطى للموصى له اخس سهام الورثة الا ان يزيد على الثلث فحينئذ يعطى له الثلث الا ان يجيز الورثة الزيادة فحينئذ يعطى له اخس السهام وان زاد على الثلث كما فى المنبع وغيره (قوله هذا ما اختاره المشايخ) اى ماذكر فى المتن من التسوية بين السهم والجزء فى الوصية ما اختاره المشايخ بناء على عرفنا ان السهم كالجزء والجامع بينهما كون كل منهما مجهولا وقوله واما اصل الرواية فبخلافه اى عدم التسوية بينهما وهو اى اصل الرواية المذكور فى الوقاية حيث قال و بسهم السدس فى عرفهم وهو مروى عن ابى حنيفة وعن ابن مسعود واياس بن معاوية مثله ولكن على ماذكر فى المبسوط جوز ابو حنيفة النقص عن السدس لا الزيادة وعلى ماذكر فى الجامع الصغير عكس وفى الهداية منعهما وعليه كلام المصنف حيث ترك ذكر اصل الرواية وعليه كلام الوقاية ايضا حيث قال بعد ذكر مافى الاصل وهو كالجزء فى عرفنا هكذا ينبغى ان يحقق المقام العلم عند الملك العلام (قوله ثم بثلثه) اطلقه فشمل ان ذلك فى المجلس الاول او فى مجلس آخر واجيز اى اجازت الورثة ايصاءه عطف على اوصى عطف جملة على جملة او معترضة وقوله له ثلثه جواب لو (قوله ان كان اخبارا فكاذب) لانه انما اوصى مقدما السدس

لا الثلث وقوله وان كان فى السدس اى وان كان قوله فى حق السدس اخبارا وقوله فهذا اى كون قوله فى السدس اخبارا ممتنع اذ الاخبار انما يتصور فى الصور فى القول الثانى وقوله فى السدس قوله اولا وقوله ايضا اى كما فى الكذب وقوله اورد هذا السؤال ولم يجب عنه هذا بناء على عامة نسخ صدر الشريعة حيث لم يذكر فيها سوى قوله قلت متصلا بالمسئلة الآتية وقد رأيت فى بعض هكذا قلت قوله ثلث مالى له بعد قوله سدس مالى محتمل يجوز ان يكون مراده بهذا زيادة سدس آخر و يجوز ان يكون مراده ثلثا آخر غير السدس فعند الاحتمال الحمل على المتيقن اولى وهو الثلث فظهر ان جواب المصنف وتداركه بناء على عامة النسخ على ان ماله ماذكر فى البعض والتحقيق فيه ان كلا قوليه انشاء ولم يجب النصف لان الثلث تضمن سدسا فيكون هذا القدر منه تكرارا واعادة له معرفة فانما يثبت به السدس وقد ثبت سدس آخر بالاول فحصل الثلث ودخول السدس السابق فى الثلث صرح به فى الكافى حيث قال ويدخل السدس فيه لان الثلث متضمن للسدس انتهى فظهر ان قاعدة اعادة المعرفة معتبرة عندهم سواء كانت باتحاد اللفظين او بتضمن احدهما للآخر فان قلت ان ظاهر كلام اهل العربية على ان اعتبار هذه القاعدة انما هى عند اتحاد اللفظين قلت لا يقدح ذلك فيما ذهب اليه الفقهاء لان نظر الفقهاء الى اعتبار طرف المعنى اكثر كما ان نظر اهل العربية الى طرف اللفظ اكثر وفيما اعتبره الفقهاء دقة نظيره ان اهل العربية جعلوا نحو جاءنى زيد وعمرو من قبيل عطف المفردات والفقهاء خالفوهم وجعلوا من قبيل عطف الجمل لما فيه دقة وبنوا عليه احكاما شرعية ونورت هذا البحث فى تعليقاتى على التوضيح فى بحث الواو بعض تنوير ظهر ان لا بأس ان يكون مدخول قلت من المتن جوابا عن السؤال من حيث المعنى لاشتراكه مع السابق فى العلة وهى اعادة المعرفة واعتبار مثل هذه النكتة الخفية ليس ببعيد عن امثال صدر الشريعة كما لا يخفى (قوله بل يتعين الاكثر مقدما كان او مؤخرا) فينبغى ان يتعين الثلث فيما اذا اوصى بثلثه ثم بسدسه لاحد لما سبق من التحقيق ولما من علل به الجمهور وقوله نختار انه انشاء اى ان قوله ثلث مالى له انشاء كما كان قوله سدس مالى له انشاء يريد به اختيار الشق الثانى من السؤال بمنع وجوب النصف فظهر انه لا يرد على ماذكره المصنف (قوله وبثلث دراهمه او غنمه الخ) اشار بالاول الى المثلى فيدخل فيه الدنانير والمكيل وسائر الموزونات وبالثانى الى القيمى فيدخل فيه نحو الثياب التى هى من جنس واحد وحكم كل واحد منها كذلك كما فى المنبع وقوله وقال زفر له ثلث ما بقى من اى نوع وقعت الوصية فيه وعليه تعليله الآتى كما لا يخفى (قوله والمال المشترك يتوى الخ) اى يهلك ما هلك منه على الشركة هذا اذا استوى الحقان اما اذا تقدم احدهما على الآخر فالهلاك يصرف الى المؤخر كالدين وحق الورثة فيصرف الهلاك الى الارث كما فى الجناية وهكذا ما نحن فيه على ماجاء فى دليل الائمة الثلثة فلا ينتهض دليل زفر لمدعاه كما لا يخفى (قوله فكان حق الورثة) اى فى هذا المعين كالتبع فيجب تعيين القدر الموصى به اولا من هذا المعين كما هو الحكم فى المقيس عليه مال الزكوة وهكذا حال مال المضاربة وفيه ربح يصرف الهالك الى الربح لا الى رأس المال كما فى المنبع وغيره (قوله لامكان ايفاء كل ذى حق حقه) بلا بخس فيصار اليه اما عدم البخس فى حق الموصى له فظاهر واما عدم البخس فى حق الورثة فلاخذهم من العين ضعف ما اخذه الموصى له لا يقال ان فيه بخسا فى حقهم كما هو بخس فى صورة اخذه الالف من النقد عند عدم خروجه منه لان الموصى له اخذ جميع حقه من النقد الفاضل على

الدين وهم اخذوا حقهم منهما وهذا بخس لامحالة منا فى لما يقتضيه حق الشركة من تعديل النظر للجانبين لانا نقول ان وصيته بالالف هومال وباطلاقه يراد الكامل فيحمل على مال مطلق مهما امكن وعند عدم ايفاء النقد يستكمل من الدين المأخوذ لانه بعد الاخذ مال مطلقا وانه مال الميت ايضا فينفذ وصيته منه ولماتعين النقد للموصى له من هذا الوجه لم يتعلق حق الورثة بقدر الثلث منه بل يكون هذا القدر كالوديعة فى يد الوصى اوالوارث هذا وباقى التفصيل فى شرح الطحاوى والمنبع فظهر انه لم يفت تعديل النظر للجانبين وان استصعب بعض الفضلاء فى دفع هذا السؤال ورده تدبر (قوله لان العين اولى من الدين) اذ العين مال مطلق والدين انما هو مال فى المآل فيعتدل النظر بقسمة كل منهما بينهما كما فى المقدسى (قوله وبكر الميت) قيد به لانه لو كان حيا ايضا كان الثلث بينهما نصفين اعترض عليه بانهم قالوا اذا اتصل اخر الكلام باوله يكون موقوفا على آخره فعلى هذا يكون قوله ثلث مالى لفلان وفلان بمنزلة قوله ثلث مالى لهما فيكون الثلث مشتركا بينهما ابتداء لابحكم التزاحم كيف لا والقصد فى مثله الى الشركة ابتداء بمنزلة ان يقال بينهما فينبغى ان يكون الثلث بينهما اذا كانا حيين كما ذكروا وللحى نصف الثلث اذا كان احدهما ميتا لا كله كما قالوا اقول وبالله تفهمى وتوفيقى لاخاف من طريق مخوف وهو رفيقى ان قوله لفلان وفلان طريق عطف يقتضى المشاركة فى الحكم المذكور والمذكور وصية كل الثلث والتنصيف بينهما فيه بحكم المزاحمة وهو مقتضى العطف والقصد فى مثله الى شركة بحكم المزاحمة بخلاف التشريك بكلمة بين اذ هى للتنصيف لا للمزاحمة ولذلك لو قال ثلث مالى لفلان وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالى بين فلان وسكت لم يستحق الثلث كما فى الكافى وغيره فاذا ثبت التنصيف فى طريق العطف بحكم المزاحمة ظهر انه لو زالت المزاحمة يتكامل الثلث للمعطوف عليه وهذا هو الموافق لما فى الاصول ان نحو جاءنى زيد وعمرو ان مجئ عمر وغير مجئ زيد فيقدر جاء فى المعطوف بحكم العطف فيكون من قبيل عطف الجملة على الجملة لا المفرد على المفرد كما ظن به اهل العربية وهذا دقة اعتبرها الفقهاء فاستقلال المعطوف يقتضى التزاحم لامحالة تدبر كما لا يخفى (قوله اى سواء علم موت بكر اولا) هذا التعميم هو ظاهر الرواية واشار به الى ان احدهما عند ايجاب الوصية بخلاف مالومات احدهما بعد الايجاب فان للحى نصف الثلث والنصف الآخر يبقى فى ملك الموصى لومات قبل موته كما فى صورة رد احدهما الوصية وينتقل الى ورثة الميت لومات بعد موته كما فى المنبع (قوله وهو فقير) اى لامال له حال الوصية (قوله ولواوصى بثلث غنمه الخ) التقييد بالغنم تمثيل اوالمراد به العين مجازا فيشمل المثلى نحو الحنطة والقيمى نحو الثوب كما فى الشروح وقوله فالصحيح ان الوصية يصح يشير به الى رواية الاصل والى عدم صحتها وصحة رواية الكرخى ووجهها ان الوصية ايجاب الملك عند الموت فيستدعى وجود الموصى به عنده فيكفى كما فى البدايع وفصل فيه ان جنس هذه الوصية على ثلثة اقسام قسم يقع على الموجود عند موت الموصى وعلى ما يوجد بعد موته سواء ذكر الابد اولا كالوصية بالغلة وسكنى الدار وخدمة العبد وقسم يقع على الموجود وقت الموت لا على ما يحدث بعده سواء ذكر الابد اولا كالوصية بما فى البطن والضرع وبما على الظهر وقسم يقع على الموجود والحادث ان ذكر لفظ الابد والا فعلى الموجود فقط وان لم يوجد وقت الموت ولم يذكر الابد فهى باطلة قياسا وصحيحة استحسانا وهو الوصية بثمرة البستان والشجر وباقى التفصيل فيه فاغتنمه (قوله ولاغنم له) ولم يقل ولاشاة له كما قال به

فى الوقاية لان الغنم اسم جنس كما صرح به فى الصحاح وغيره يتناول القليل والكثير والشاة فرد من الغنم ونفى الجنس مستلزم لنفى الفرد كما ان نفى الفرد مستلزم لنفى الجنس فلا فرق بين العبارتين فى المعنى الا ان الا انسب لقوله بشاة من غنمى ان يقال ولا غنم له تدبر العلم عنده تعالى (قوله بشاة من مالى) قيد به لانه لو لم يقل من مالى قيل لا يصح وقيل يصح وعليه كلام السير الكبير واختاره فى المبسوط كما فى المقدسى وعلى هذا يخرج كثير من المسائل نحو ان يقول اوصيت بقفيز حنطة من حنطتى اومن مالى او بثوب من ثيابى اومن مالى ولا برله اولا ثوب له فحينئذ بطلت الوصية او استفاد ذلك بعدها فعلى الروايتين مع صحة احديهما كما لا يخفى (قوله لامهات الاولاد) خصت بالذكر لان القياس يأبى هذه الوصية لان زمان حلول الوصية وزمان تحقق الحرية واحدة فالعتق يحلهن وهن اماء وكذا الوصية وجه الاستحسان ان ظاهر حال الموصى ان يقصد ايصاء صحيحا فيثبت الوصية مضافة الى ما بعد العتق بدلالة حاله تصحيحا لها بالقدر الممكن هذا ما فى الشروح اقول لا حاجة الى هذا التحمل لان العتق حصل بموت المولى واستحقاق الوصية بعد الموت وهن بعد موته احرار وعليه كلام الامام قاضيخان والامام المحبوبى وقد سبق ان قبول الوصية انما يعتبر بعد موت الموصى وهن اهل للقبول بعده تبصر العلم عنده تعالى (قوله لان المذكور) اثبت بهذا التعليل ان يكون للفقراء سهمان وللمساكين سهمان عنده وهو محل الخلاف ولم يتعرض لان يكون لامهات الاولاد ثلثة اسهم اذ لا خلاف فيه ومن عد ذلك اختلالا لا اظهر عدم فرقه بين كلام منقح ومطنب كما لا يخفى (قوله نصف بينهما عندهما) وهذا فرع الخلاف فيما اذا قال اوصيت بثلث مالى للمساكين اوللفقراء او لمساكين المسلمين او لفقرائهم فعند محمد لم يجز للوصى الا ان يعطى لاثنين منهم فصاعدا ولم يجز ان يعطى واحدا منهم الا نصف الثلث وعند ابى حنيفة وابى يوسف او صرف الوصى جميع الثلث الى مسكين واحد اوفقير واحد جاز كما فى المنبع (قوله فيكون شريكا لكل منهما) يعنى على ان يكون الموصى به مشتركا بينهم على السوية بقرينة تساوى المالين فى ايديهما هذا هو المعنى فيما امكن تحقيق المساواة بينهم بخلاف الصورة الثانية وقوله وهو ثلث المائة هكذا فى النسخ والصواب ثلثا المائة لان ما لكل منهما بهذا الاشتراك فى الموصى به ست وستون وثلثا درهم وذا ثلثاها لا ثلثها (قوله كما هو وجه القياس) اشارة الى ان القياس فى المسئلة السابقة ان يكون للآخر نصف كل مائة والتساوى بينهم ثمه استحسان صرح به فى النهاية واقتفى اثره فى العناية وهذا كما ترى تبعهما المصنف الا ان الظاهر ان لا يكون ثمه قياس واستحسان وان يكون التسوية بينهم لامكانها وعدمها لعدم امكانها ههنا على ما فصل فى تكملة المولى قاضى زاده (قوله فلهذا يصدق فى الثلث) لا فى الزيادة ان ادعاها وكذبه الورثة هذا هو الظاهر وما فى الكافى وكذبه المقر ليس بصواب بل فيه ساقط من قلم الناسخ وهو المضاف اى ورثة المقر (قوله فان اوصى بالثلث) اى لاحد معه اى مع اقراره للمقر له الاول بالدين وهذا هو المراد يؤيده ان الضمير المجرور فى عنه عائد الى اقراره وقوله عزل اى الثلث لهما اى للمقر له والموصى له لم يقل لها اى للوصية كما فى الوقاية ولم يقل له اى للموصى له كما يرى هو الاظهر لان للمقر له بالدين مدخلا فى عزل الثلث كالموصى له اذ المقر به وان كان دينا صورة الا انه وصية معنى ولذلك صدق المقر له الى الثلث ومن ذلك لم يرض المصنف تخصيص العزل بان يكون للموصى له ولله دره شكر الله تعالى سعيه فظهر ان كلامه فى محزه ومن لم يمعن النظر

فيه وقع فى خطأ بعد خطاء (قوله وهذا) اى الدين المقربه الاول مجهول فلايزاحم المعلوم اى الموصى به (قوله فيقدم عزل المعلوم) هذا بناء على ان كون العزل للموصى له اقوى فلاينافى ماسبق (قوله فامر اصحاب الوصايا والورثة ببيانه) ولايصدق احد الفريقين على الآخر اذا اقر باكثر مما اقر به الآخر لان اقرار احد الفريقين لاينفذ على الآخر وقوله لايشاركهم فيه صاحب الدين لان ماااخذه يأخذه على وجه الدين كما فى المقدسى (قوله ويأخذ الورثة بثلثى مااقروا به) اعترض عليه بانه قد سبق ان الورثة كانوا يصدقونه الى الثلث ولايلزمهم ان يصدقوه فى اكثر من الثلث وهنا لزمهم ان يصدقوه فى اكثر من الثلث لان اصحاب الوصايا اخذوا الثلث على تقدير ان يكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق فى ايدى الورثة من الثلث شئ فوجب ان لايلزمهم تصديقه اقول ومن الله عز شانه التوفيق انه قد سبق ان لهذا المقر به شبهين شبه بالوصية لخروجه مخرجها وشبه بالدين لتسميته دينا فظهر انه دين صورة ووصية معنى ومن حيث كونه دينا كان اقوى من الوصية بل من الارث ايضا فاذا لم يوجد الوصية روعى فيه شبه الوصية فقط فيصدقه الورثة الى الثلث واذا وجدت روعى شبه الدين ولايختص بالثلث عملا بالشبهين لان التنصيص عليه معها دليل المغايرة فحينئذ يمتاز عن الوصية ويصدق فيما زاد على الثلث لكونه اقوى مع مراعاة جانب الورثة والموصى لهم حيث علق بمشيتهم وعول على علمهم فى ذلك واجتهادهم فى تخليص ذمة مورثهم والحسن اليهم هذا وبهذا التحقيق كما سقط هذا الاعتراض اندفعت شبهة ذكرها التمرتاشى نقلا عن الضميرى حيث قال فى هذه المسئلة شبهة لانه لم يجعل هذا الاقرار كالدين وكالوصية بل جعل اضعف منها الا ترى انه لم يمنع القسمة كالدين ولم يوجب مشاركة الموصى له كسائر الوصية فكان الواجب ان يكون اقوى من الوصية لانه اخذ شبها من الدين ومن الوصية انتهى الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا ان هدانا الله وما توفيق الا بالله وعليه التكلان وهو المستعان فى كل حين وآن (قوله اينفذ اقرار كل فريق من الموصى لهم والورثة فى قدر حقه) فحق الموصى لهم فى ثلث التركة وحق الورثة فى ثلثيه فيكون للمقر له ثلث مااقر به اصحاب الوصايا وثلثا مااقر به الورثة فان وافق ذلك مدعى المقر له فبها وان لم يوافقه بان ادعى زائدا على ذلك يحلف كل بانهم ماعلموا ان دين الميت للمقر له قدر ماادعى به (قوله وفى بالف لوارث واجنبى) قيد بالوصية لانه لو اقر لهما خاب الاجنبى ايضا كما فى الهداية وعن التمرتاشى هذا اذا تصادقا اما لو انكر الاجنبى شركة الوارث او عكس صح فى حصة الاجنبى عند محمد وعندهما يبطل الكل ايضا كما فى النهاية (قوله والوارث من اهلها) اورد عليه بانه اذا اوصى بثلث ماله لزيد وعمرو ثم رد عمرو وصيته يكون لزيد تمام الثلث وعلى ماذكر يجب ان يكون له نصف الثلث لان الوصية قد انعقدت لعمرو فى حق الموصى لانها تبرع يتم بالمتبرع غير انها تبطل بالرد كما انها تنعقد فى حق الوارث ثم يبطل برد الورثة واجيب بالمنع حيث قال الامام الاتقانى اذا اوصى لاجنبيين بعبد ثم رد احدهما اومات لم يكمل حق الآخر وبالتسليم بان التمليك فى الواردة صدر من الموصى من غير توقف على شئ آخر فاذا لم يقبل احدهما فاللايق ان يكون الكل للآخر كما فى الوصية للحى والميت بخلاف مانحن فيه الحاصل فرق بين عدم الاجازة من سائر الورثة مع قبول الوارث الموصى له وبين رد احد الموصى لهما كما فى التكملة الثانية (قوله لكنه حرم لعارض) وهو تأذى بعض الورثة لايثار بعضهم وفيه قطيعة الرحم وفسر به حديث لاوصية لوارث كما فى المقدسى لاتعلق للورثة بالتركة لماسبق ان تعلق حقهم بها انما هو تنفيذ الوصية

كما لايخفى (قوله ان ضاع ثوب) اى بعد موت الموصى كما فى الدراية والحماية وقوله والورثة يقول لكل توى حقك لان حق واحد منكم تلف ولا ندرى من هو كما فى شروح الجامع الصغير ومن هذا ان جحد هم لواحد منهم ان حقك قد ضاع لايلزم منه الاعتراف بكون الثوبين الباقيين حق الآخرين كما هو مقتضى ظاهر الكلام كما فى المقدسى والتكملة الاولى (قوله وجهالته تمنع صحة القضاء به) الا انها طارية تحتمل الزوال بتسليم الورثة الثوبين الباقيين لهم ولذا قال واذا سلموا الخ فيكون هذا كالمستثنى من قوله بطلت كما اشار اليه بقوله الا ان يسلم الورثة الخ فى الشرح (قوله زال المانع) شرح جعله جزاء الشرط لتنوير المقام وقوله وصحت الوصية عطف عليه وقوله اخذ جزاء الشرط على انفراد المتن وبدل من زال بعد ملاحظة المعطوف عليه وفى مثله يجوز اتيان الواو العاطفة فى الشرح على ان يكون معطوفا على جزاء الشرط الثابت فى الشرح وبالجملة لاركاكة فى عبارة المصنف والحاصل ان قالت الورثة سلمنا لكم هذين الثوبين فاقتسموها بينكم صحت الوصية فيقسم بينهم على ماذكر فى المتن وقوله ثلثى الجيد اى جيد الباقيين وكذا المراد فى ثلثى الردى للتفاوت بينهما لابالنسبة الى الفائت تدبر (قوله وهو ان يأخذ كل واحد منهم ثلثى الثوب) هكذا ذكر ذلك فى الجامع الصغير والهداية والكافى والتبيين من غير ذكر خلاف ولكن ماذكر فى البدايع يقتضى ان ماذكر لو اجتمعوا فى اخذ الباقيين انما هو عند ابى يوسف وعند ابى حنيفة وزفر بطلت الوصية اجتمعوا على اخذهما اولم يجتمعوا وعن ابى يوسف صحت اجتمعوا اولم يجتمعوا وباقى التفصيل فيه والعهدة عليه (قوله وانما تعين حق صاحب الجيد) تصوير المصنف المسئلة اجود من تصويرها فى الهداية حيث ترك فيها قوله ويحتمل ان يكون حقه فى الجيد بان يكون هو الجيد الاصلى نعم تركه اكتفاء بتصريحه بذلك فى بيان تعين حق صاحب الردى الا انه يرد عليه انه لو صرح بذلك فى الاول واكتفى به فى الثانى كان اوجه كما فعل المصنف كذلك فى قوله فكان تنفيذ وصية من محتمل بكون حقه اولى لانه فى تقدير من تحل يحتمل ان يكون الا انه سامحه هنا حوالة على انفهامه من الاول كما هو ديدن من اراد الاختصار فلا يوجد فى عبارة المصنف ترك الاولى كما ظن كما لايخفى (قوله تقسيم) اى الدار جواب شرط مقدر اى تقسيمه بعد الموت الموصى وهو المراد كما فى الحماية (قوله قيل بالاجماع) وهو الاصح كما فى الحماية (قوله من مال رجل لآخر بعينه) قوله بعينه متعلق بقوله اوصى والضمير المجرور عائد الى قوله مال رجل اى وصى بقدر معين منه هذا ومن ظن انه صفة آخر فقد نظر الى المحل من مكان سحيق كما لايخفى وقوله فان دفعه اليه جاز وكان ابتداء تبرع من صاحب المال وقوله وله ان يمنع اى الدفع بعد الاجازة وقوله بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث وكذا او وصى لقاتل او وارث واجازت الورثة الخ كما فى المقدسى (قوله بوصية ابيه) اطلقه ولم يقيد بالثلث حوالة على الفهم من قوله دفع ثلث نصيبه اوليشمل وصيته بالزيادة فان حكمها كذلك مالم يجزها وقوله فيقدم عليه واذلك يأخذ المقر له ما فى يد المقر حتى يستوفى دينه كما فى المقدسى (قوله ينفذ وصيته اولا من الام) هذا عند ابى حنيفة واما عندهما يأخذ مايخصه منهما على السوية ورجح قوله فى الهداية ولذلك ترك المصنف التعرض لقولهما وقوله بقى على حكم ملكه فيكون للورثة وقوله واو ولدت بعد القبول وقبلها صار موصى به كما لو ولدت قبل القبول هكذا وقع متن الغرر فيما رأيته من نسخة الغرر التى كتبت من نسخة المصنف فظهر ان قوله يصير موصى به بعد قوله ومثا بحثنا قالوا جواب لو باعتبار المتن ومقول القول باعتبار الشرح ومثل

To: www.al-mostafa.com

هذين الاعتبارين غير بعيدلدى الشراح لايخفى على من تدرب (قوله والكسب) اى كسب الموصى به

باب العتق فى المرض

ونحوه وهو المراد لما ان هذا الباب ليس بمخصوص بعتق فى المرض ولكن لما كان اكثر مباحث الباب فى ذلك عنون به فيدخل فيه البيع فى المحاباة والهبة والضمان فى المرض (قوله احتراز عن تصرف اخبارى) قيل الظاهر ان لفظ التصرف لايتناول الاقرار فلاحاجة الى تقييد التصرف بالانشاء انتهى ولذلك اطلق فى الهداية والوقاية واقتفى المصنف اثر صدر الشريعة فيه فعلى ما قيل يكون التصرف احترازا عن الاقرار كما لايخفى (قوله وكذا النكاح فيه بمهر المثل) يريد به ان النكاح فى المرض بمهر المثل تصرف ليس فيه معنى التبرع فيعتبر من كل المال وانما قيد بمهر المثل وهو المدار فى باب النكاح والمعد من الحوايج الاصلية حتى لووقع النكاح فيه بمازاد عليه صار النكاح جائزا بقدره والزيادة باطلا كما فى اقرار غاية البيان وتكملة المولى زكريا ولكن صرح فى البرجندى ان قدر مهر المثل ينفذ من كل المال والزيادة عليه تنفيذ من الثلث انتهى فحينئذ التعبير بالبطلان فى الشرحين انما هو بالنسبة الى كل المال تدبر العلم عنده تعالى (قوله بخلاف الاخبارى) كالاقرار وقوله ومالبس بتبرع كالنكاح فان كلا منهما لم يعتبر من الثلث بل من الكل وقوله فى الاضافة اليه اى الموت والمضاف الى الموت ما اوجب حكمه بعد الموت كانت حر بعد موتى اوهذا لفلان بعد موتى (قوله ومرض صح منه كالصحة) ذكر فى جامع الفصولين معزيا الى (فقظ) اقر مريض بدين لوارثه اوغيره ثم برأ فهو كدين صحته لانه اذا اعقبه برأ فله حكم الصحة الايرى انه يجوز تبرعاته فى مثل هذا المرض انتهى اقول لوادعى المقرانه كذب بملابسة المرض يحلف المقرله بانه ليس بكاذب فى اقراره وذكرفيه بعلامة (جغ) اوصى بوصايا فبرأ وعاش سنين ثم مرض فوصاياه باقية لولم يقل ان مت من مرضى هذا فقداوصيت بكذا اونحوه امالوقال تبطل وصيته اذابرأ اوصى ثم جن قال محمد لواطبق الجنون حتى بلغ ستة اشهر بطلت وصيته لالوافاق قبل ذلك وقت محمد الجنون المطبق بستة اشهر وعن ابى يوسف انه قدره بشهر وهو قول محمد اولا ثم قدره بسنة اوصى ثم اخذه الوسواس وصار معتوها فكث كذلك زمانا ثم مات قال محمد بطلت وصيته انتهى (قوله ومحاباته) اى فى البيع والشراء والاجارة والاستجارة والمهور كما فى البرجندى وانت خبير بان هذا يؤيد تنفيذ الزائد على قدر مهر المثل من الثلث وقوله وهبته شيئا من ماله وكذا ابراءه دينا كما فى العمادية وضمانه مالاوكذا كفالته وهى على ثلاثة انواع كدين الصحة وهو كونه كفيلا فى الصحة ونوع كدين المرض وهواقراره فى المرض انه كفل لفلان بكذا فى صحته ونوع كسائر الوصايا وهو ان يكون كفيلا بالمال فى مرضه فالمكفول له فى الاول مع غرماء الصحة وفى الثانى مع غرماء المرض وفى الثالث مع سائر الموصى لهم كما فى شرح الطحاوى (قوله لانها فى حكم الوصية) يريد به انها ليست وصية حقيقة لانها ايجاب بعد الموت وهذه تصرفات منجزة وهذه المسائل متفرعة على القاعدة المتقدمة وفى العمادية انه لو آجر المريض داره بدون اجر المثل لايعتبر من الثلث لانه لو اعارها جاز وعلله نقلا عن مكاتب الجامع بان تبرع المريض بالمنافع يصير من جميع المال فظهر منه ان ماسبق من ان محاباته فى الاجارة تعتبر من الثلث محل تأمل (قوله وعندهما عتقه اولى فيهما) ورجح صاحب البدايع قولهما واستشكل فى استخراج قوله ومن ذلك تعرض المصنف قولهما فى المتن مع ان دأبه ان يكتفى بقوله فيه مادام راجحا تدبر كما لايخفى وذكر فى الغاية قال حسان

دخلت على بشر المريسي فقلت لم قال ابو حنيفة المحاباة اولى فقال لا ادرى فقلت اقاله تبختا اى جزافا قال لافنكس رأسه ساعة فجاء بنكتة اعجبت بها فخرجت ودخلت على سفيان ابن سحبان واخبرته بها فتعجب بها فمضت مدة فنسيتها فدخلت على سفيان فقلت النكتة التى قالها بشر وقت كذا قال نسيتها فدخلت على بشر فقلت النكتة التى قلتها وقت كذا قال نسيتها فذهبت النكتة وبقيت المسئلة بغير نكتة وقد ضل مفتاحها انتهى (قوله ونصف للآخرين) فان قيل ينبغى ان يقسم الثلث بين الكل اثلاثا لان المحاباة الثانية مساوية للاولى و العتق مساو للثانى فكان مساويا للاولى لان مساوى المساوى مساو قلنا العتق يساوى الثانية لمعنى يخصه وهو تقدمه عليها فلا يساوى الاولى و بهذا خرج الجواب عن اشكال آخر وهو ان يقال المحاباة الاولى ترجحت على العتق والثانية مساوية للاولى فينبغى ان تترجح على العتق كالاولى لان المساوى للراجح راجح لما مر ان رجحان الاولى لمعنى يخصه و هو تقدمه عليه وكذا عما يقال ينبغى ان لايكون للمحاباة الثانية شئ لانه مساو للعتق وهو مرجوح والمساوى للمرجوح مرجوح كما فى الفوائد الحميدية والدراية وهنا تفصيل لطيف فى المنبع فى تحقيق قول الامام العلم عبد الملك العلام (قوله وحق الموصى له وهو العبد) اشار باعادة الحق الى انه دون حق الموصى ولذلك علله بقوله لانه يتلقى الملك الخ وقوله الا ان ملكه باق فيه لحاجته حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الورثة لم يعتق عليهم كما فى العناية وفى الولوالجية اوصى بان يعتق عبد له فجنى العبد جناية بعد موت الموصى فاعتقه الوصى ان كان عالما بالجناية فهو ضامن لان له ان يفدى او يدفع فاذا اعتقه فقد ترك الدفع مع القدرة عليه فيضمن ولو لم يعلم يجب عليه قيمة العبد لانه صار مستهلكا ولايرجع بذلك على الورثة لانه انما اوصى بعتق عبد غير جان وهذا عتق عبد قد جنى فقد خالف انتهى واعترض عليه بان العبد ليس ملك الموصى فكيف يصح عتقه وليس بطريق النيابة للمخالفة المذكورة اقول ان عتقه انما هو بطريق النيابة لما ذكر ان ملك الموصى باق فى الجانى الى ان يدفع وقد سبق فى باب جناية الرقيق ان السيد اذا اعتق عبده الجانى وقد علم بجنايته غرم الارش و بلاعلم بجنايته يغرم ما هو الاقل من الارش والقيمة وان الواجب الاصلى الدفع فى الصحيح (قوله كما اذا باعه الموصى او وارثه) الضمير المنصوب فى باعه عائد الى العبد المطلق كما هو الاصل فى ارجاع الضمير حيث يراد به الذات من غير تعرض الى الصفات ولذلك قيد بقوله وقد اوصى بعتق العبد ليتبين المراد وهكذا قيد به ارشد الدين عبارة الهداية فى فوائده وقوله طهر عن الجناية بالطاء المهملة (قوله وحرم زيد ان استوفى قيمة العبد ثلث المال) وقوله والوارث ينكره اى ينكر الاستحقاق المذكور وقوله اذ لاتزاحم اى له فيه فله المال اى فله ثلث جميع المال كما فى التبيين ولعل ماقدر ساقط من قلم الناسخ (قوله وهو خصم فى اقامتها الخ) جواب عن سؤال مقدر وهو ان اثبات العتق انما هو بدعوى العبد لانه حقه عند ابى حنيفة اوان فيه حقه كما هو عندهما فكيف يصح بدعوى الموصى له وتحقيق الجواب عنه ان ذا فى العتق المحض واما العتق هنا فقد ترتب عليه استحقاق مال للموصى له فجعل مدعيا الاثبات حقه وتجد هذا التحقيق اولى مما ذكر فى بعض الشروح تدبر (قوله اقوى) اى من الاقرار بالعتق سواء كان الاقرار من الوارث او المورث وهذا هو المراد وعليه اطلاق الاقرار (قوله وقيل الالف بينهما نصفان عنده) حاصله ان مختار صاحب الكافى عكس ما فى الهداية وما فى الكافى هو ماذكره الحاكم فى الكافى والفقيه ابو الليث والقدورى فى التقريب وفخر الاسلام البزدوى والصدر

الشهيد وصاحب المنظومة وشراحها ﴿ باب الوصية للاقارب وغيرهم ﴾ اخر هذا الباب لانه لقوم مخصوص وماتقدم عام ولاشك ان الخصوص يتلوه العموم (قوله وذوانسابه) استشكل الزيلعي في الانساب وهو ان لايدخل في النسب قرابة من جهة الام والجواب عنه ان المراد نسبة بينهما اى قرابة قال في القاموس النسب القرابة وفي المصباح قال ابن السكيت في النسب يكون من قبل الاب ومن قبل الام ويقال نسبه في تميم اى هو منهم (قوله يعني اذا اوصى الخ) تصوير لقوله اقاربه واقرباؤه الخ يريد به انه اذا اوصى لاقربائه اولذى قرابته اولذى انسابه فهي عند ابي حنيفة الخ اذ الواو في مثله للتنويع واماعندهما فقد ذكر بقوله وعندهما يدخل الخ فلا حاجة الى ذكره هنا ثم استثناء الوالدين والولد انما هو لبيان معنى الاقارب لماسبق ان لاوصية للوارث اوبناء على حرمانهم من الارث اوعلى اجازة سائر الورثة لهم والحاصل ان الامام وصاحبيه اتفقوا على اشتراط القرابة وعدم الوراثة وان لايكون والدا ولاولدا اختلفوا في اعتبار الجمعية والمحرمية والاقرب فالاقرب فثلثة متفق عليها وثلثة مختلف فيها كذا في الزيادات ومبسوط شيخ الاسلام والايضاح والاسرار والهداية وغيرها وذكر في مبسوط شمس الائمة وشروح المنظومة والبدايع ان الاختلاف في المحرمية واعتبار الاقرب فحسب وغيرهما من الشرائط مرعى اجماعا وهذا هو الموافق للنظم والنثر لا الاول كما في المنبع والبرجندى (قوله واختلف في اشتراط اسلام اقصى الاب) قيل يشترط وقيل لايشترط ولكن يشترط ادراكه الاسلام كما في الكافي وغيره (قوله ونصفه للعالين) وعندهما يقسم الموصى به بينهم اثلاثا لاستواء الكل في الاستحقاق وترك التعرض له حوالة على الفهم السابق من السابق وقوله وفي عم له نصف والنصف الآخر يبقى للورثة اذ الوصية بطلت فيه لعدم من يستحقه وعندهما له جميع الموصى به اذا لم يكن له ذورحم غير العم اوغير المحرم وان وجد يصرف اليه وهذا بناء على اختلاف اشتراط الجمعية عنده ماوذكر في الكافي والهداية انه لولم يكن للموصى له ذورحم محرم في هذه المسائل فالوصية باطلة عند ابي حنيفة خلافا لهما (قوله ومعنى الجمع قد تحقق بهما فاستحقوا) لم يقل فاستحقا لتحقيق معنى الجمعية في التثنية كما هو المعتبر في باب الارث والوصية (قوله وجيرانه) اطلقه فشمل الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمى والصغير والكبير ويدخل فيه العبد عنده اى القن وعندهما لايدخل كما في الهداية وذكر في الزيادات والمحيط انه لايدخل كالاماء والمدبرين وامهات الاولاد واما المكاتب فيدخل من غير خلاف كما في الكافي وذكر في الذخيرة والايضاح ان الارملة تدخل لان سكناها مضاف اليها والتي هي ذات بعل لاتدخل لان سكناها لايضاف اليها فلم يكن جارا كما في المنبع (قوله واصهاره الخ) والمراد من كان صهرا للموصى يوم موته بان كانت المرأة منكوحة له عند الموت اومعتدة عنه بطلاق رجعي لامعتدته من باين ورث ام لا لانقطاع صهريته بانقطاع النكاح كما في المقدسي وقوله اخرج كل من ملك وفي الهداية اعتق بدله والمراد اخراجه عليه السلام كل هؤلاء عن ملكه بالاعتاق (قوله وعندهما من كان في عياله) ونفقته من الاحرار دون المماليك فيدخل فيه زوجته ويتيم في حجره وولده الذى يعوله وكلام صاحب الكافي وتبعه المولى ذكريا في تكملته على رجحان قولهما وكلام صاحب الهداية وتبعه المنبع على رجحان قوله (قوله والصغير والكبير) والمحرم وغير المحرم والوالد والولد اذا لم يرثه والغنى والفقير ولايدخل فيه اولاد البنات واولاد الاخوات

ولااحد من قرابة ام الموصى كما فى الكافى (قوله علم ان قصده التفضيل الخ) لان الحكم متى
اضيف الى اسم مشتق يصير موضع الاشتقاق علة لثبوت ذلك الحكم بخلاف الولد حيث
لادلالة فيه على تفضيل الذكر لان الولد اسم لجنس المولود ذكرا كان او انثى واحدا كان
اواكثر كما فى الشروح اوصى لورثة زيد ومات قبل موت زيد بطلت الوصية وان مات بعد
موته فالموصى به لورثته كما فى الايضاح (قوله ان احصوا وفى الاحد حصاء اختلاف) وعن
ابى يوسف رحمه الله ان زادوا على مائة فلايحصون والاصح ان يفوض الى رأى القاضى كما هو
اصل ابى حنيفة فى المقدرات كذا فى خير مطلوب (قوله وفى الوصية للفقراء الخ) تبع المصنف
صاحب الهداية فى افراد قول محمد بالذكر هنا مع انهما قد اختار قول ابى حنيفة وابى يوسف فيما
سبق على ان كلام قاضيخان على اختيار قولهما ايضا حيث قال ولو قال ثلث مالى للمساكين صحت
الوصية ويجوز صرفها الى مسكين واحد ويجوز الى مسكينين انتهى فيظهر منه ان الحاكم له اختيار
احد المختارين كما لايخفى (قوله وبنو فلان يختص بذكورهم) اطلق فلان فيشمل ان يكون ابا قبيلة
اوابا نسب فان كان الاول وهم لايحصون وهو المسئلة السابقة وان كانوا يحصون وهو المسئلة الآتية
المستثناة وان كان الثانى فلايخلو ان يكون كلهم ذكورا فقد خلوا فى الوصية عملا بحقيقة الابن وان
يكون كلهم اناثا لايدخل فيها واحدة منهن لعدم تناول الابن عند انفرادهن وان يكونوا مختلطين
وذا مسئلة الكتاب كما فى المنبع وغيره (قوله اعتبار الحقيقة) اعترض عليه بان تناول اللفظ للكل
متعارف كما هو قول محمد بدخول الاناث والمجاز المتعارف اولى عندهما فيلزم ان يكون ابو يوسف
مع محمد فى هذه المسئلة اقول ليست هذه المسئلة مبنية على هذه القاعدة بينهم اذ البنون
لم يشتهر فى الاناث بل لم يستعمل فيها وان ليس اختلاف فيها بان اراد محمد بهذا الاناث فقط
بل خلافه ان الاناث داخلة فى هذا اللفظ تغليبا وعليه خطابات القرآن حيث قال الله تعالى
وان كانوا اخوة رجالا ونساء وفسر اخوة بهما تدبر العلم عنده تعالى (قوله وقال محمد الخ)
لم ارفيما وصلته من يرجح قول محمد هنا سوى صاحب الوقاية وقد رجح غير واحد قول ابى يوسف
على ما فصل فى المنبع وغيره والتوفيق فى عبارة الوقاية يحمل فلان على ان يكون ابا قبيلة
مدفوع بانه لاخلاف حينئذ بينهم فى الشمول وذلك اللفظ فى عبارة المتون على ان يكون
ابا نسب وهو رجل يعرف كابن ابى ليلى وابن شبرمة ونحو ذلك كما صرح به فى الشروح وقوله ووافقه
ابو يوسف فى رواية يريد به ان ابا يوسف وافق الامام فى قوله الاول على رواية صاحب الهداية
كما وافقه فى قوله الآخر على رواية صاحب الكافى وان محمدا انما وافقه فى قوله الاول رواية واحدة
فظهر ان كلام المصنف فى غاية تحرير ولاركاكة فيه اصلا كما لايخفى (قوله وحلفاهم) وكذا
عديدهم حليف القبيلة من حلف لهم انه ينصرهم ويذب عنهم كما يذب عن نفسه والعديد
هو الذى يلحقهم من غير حلف كما فى المنبع (قوله بطلت) وعن ابى يوسف انها جازت وتصرف
الى المعتقين لان شكر المنعم واجب وفضل الانعام مندوب فيرجح عليه وعن محمد اذا اصطلح
الفريقان على اخذ وقالوا اد فعوه الينا صح لان الجهالة تزول به كما فى الكافى والفتاوى الكبرى
اشار ببطلانهما عند اجتماعهما الى انه لو انفرد كل منهما صحت الا انه لو كان واحدا له
نصف الموصى به ولو اثنين فصاعدا فلهم كله ولما كان الاعتبار الى وقت الموت ظهر انه ان
لم يكن له مولى عند الوصية ولكنه اعتق عبدا بعد الوصية فانه يدخل تحتها كما فى البدايع (قوله
بخلاف ما اذا حلف الخ) ويشترط الحنث وجود التكلم مع ثلثة من اى الفريقين كان رعاية

الصيغة الجمع نص عليه في الجامع الكبير اقا ضيخان والتتمة لان اقل الجمع ثلثة فيما عدا الارث والوصية واشار باشتراك المولى الى ان الاخوة بخلافه لان الاخ ينطلق على كل واحد من اى جهة كان لمعنى واحد وهو المتنوع من اصله فصار الاسم عاما لامشتركا كما في المنبع (قوله لان عتقهم يحصل بعد الموت) اشار به الى ان عتقه لوحصل حين الموت يدخل في الوصية كعبد قال مولاه ان لم اضربك فانت حر فمات قبل ان يضرب به عتق ودخل في الوصية لانه عتق في آخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق عدم الضرب منه في تلك الحالة ووقوع اليأس عن حصوله من قبله فيصير مولى له ثم يعقبه الموت ثم ينفذ الوصية فكان مولى وقت نفوذها ووجوبها بخلاف مسئلة المدبر وام الولد كما في البدايع (قوله وعن ابى يوسف رحمه الله الخ) اشار به الى انه غير ظاهر الرواية عنه وقوله لان سبب الاستحقاق اى استحقاق الولاء وهو التدبير والاستيلاد لازم اى ثابت مستقر والاصح ظاهر الرواية لانهم لاينسبون اليه بالولاء بنفس الاستحقاق بل بالاحياء الحاصل بالعتق وذلك انما يكون بعد الموت كما في العناية

﴿ باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة ﴾

اخر احكام الوصية بالمنفعة عن الوصية المتعلقة بالعين لان المنفعة بعد العين وجودا فاخرها عنها وضعا والثمرة منفعة بالنسبة الى الشجر ولذلك ادرجها في الباب (قوله بخدمة عبده) ونفقة العبد وكسوته على صاحب الخدمة لوكبيرا كما ان نفقة المستعار على المستعير وان كان العبد صغيرا يخرج من الثلث فنفقته على صاحب الرقبة الى ان يدرك الخدمة ويصير من اهلها فاذا بلغ الخدمة فنفقته على صاحب الخدمة لان المنفعة يحصل له كما في المنبع واذا مرض وعجز عن الخدمة لومرضا يرجى برؤه فنفقته على صاحب الخدمة ايضا والافعلى صاحب الرقبة كما في المنصورية (قوله مدة معينة) كشهر وسنة وابدا فيستخدم العبد ويسكن الدار تمام المدة وماعاش وقوله محبوسا على ملكه اى على ملك الموصى الاظهر اظهارهنا واضمار فيما سيأتى من قوله على ملك الموصى وان وقع الاضمار في الموضعين في الهداية والميت بدل الموصى في الاول في التبيين وقوله فانه خلافه وهى ان يقوم الوارث مقام المورث وقوله سلمت اليه ولوكان مكان العبد امة فولدت ولدا فهو لصاحب الرقبة لانه متولد من الرقبة كما في المنبع (قوله والا يهاياء العبد الخ) ولو زاد احدهما في مدته بان استخدم الموصى له اوالوارث اكثر من يوم اومن يومين هل يقضى ذلك ولم ارمن يصرح فيه بشئ ولكن اقول الظاهر ان الزيادة لوكانت في داخل المدة يقضى مطلقا ولوكانت من الوارث وتمت المدة بها يستكمل الموصى له قدرها من خارجها اذا لم يعين بهذا الشهر او بهذه السنة ولو عينت لايقضى ولايستكمل اصلا قياسا على ما سبق في كتاب البيع ان البايع لومنع السلعة سنة الاجل وهى غير معينة فللمشترى اجل سنة ثانية وفي المعينة لايبقى الاجل بعد مضيها تدبر العلم عنده تعالى (قوله ويقسم الدار اثلاثا) اطلقه فشمل قسمتها للسكنى والغلة وهورواية عن ابى يوسف وعليه ظاهر كلام المصنف وظاهر الرواية ان لايمسك قسمة الدار للغلة لان حقه فيها لافي الدار وعليه ظاهر الهداية وتصوير المسئلة يعنى الخ اما تقييد اوبيان نوع تدبر كما لايخفى (قوله بيع مافى ايديهم) اى بيع حصتهم سواء كانت معينة الذات بان يقسم اولم تكن كما في المنبع وقوله ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار الخ وكذا في غلتها حتى لواغل احد النصيبين ولم يغل الآخر يشتركون فيما خرج من الغلة لبطلان القسمة كما في المقدسى معزيا الى المبسوط وهكذا حال السكنى لتحقق المزاحمة عند خراب احد النصيبين

كما لايخفى (قوله لان المنفعة ليست بمال على اصلنا) اشار به الى ان فيه خلاف الشا فعى اذا المنفعة مال عنده فللموصى له ان يملك غيره (قوله فانما ثبت هذه الولاية) اى ولاية التمليك بالمال وتملك فى خمس مواضع فعل ماض وقوله وهذا اى استخدامه اوسكناها منه اى من الموصى له والضمير المجرور فى استغلالها عائد الى المنفعة (قوله فى الاصح) اشار به الى ان فيه اختلافا لانه لما لم يذكر فى الاصل اختلف المشايخ فى التخريج قال ابو بكر الاسكاف له ذلك وقال ابو بكر الاعمش لبس له ذلك وهو الصحيح كما فى المنبع وقوله الا ان يكون هو واهله فى غيرها اطلقه فشمل انه علم الموصى ذلك اولا الاان المقدسى قال ينبغى ان يقيد بعلمه بذلك كما هو الظاهر وقوله فيخرجه الخدمة اى هنالك صرح به فى الهداية قيد به اذ لبس له ان يستخدمه فى السفر لان حالة السفر مادخلت تحت الوصية وانما دخلت تحتها الخدمة فى الوطن كما فى فوائد ارشدالدين (قوله وفيه ثمرة) قيد به لانه اذا لم يكن عند موته ثمرة فى البستان فله ثمرة البستان ماعاش يعنى الى ان يموت الموصى له ووجهه انه لما لم يرد حقيقة الثمرة بان لاتوجد وقت موته تعين المجاز تصحيحا لوصيته وليس بعض السنين اولى من البعض فى معنى المجاز فيكون له ذلك ماعاش كما فى تكملة المولى ذكريا والفوائد الارشدية قال التمرتاشى اوصى بغلة ارضه ولا مال له غيرها تؤجر وهو ثلث آجرها لان غلة الارض هى الاجرة ولوكان فيها شجر فله ثلث الثمرة ولو اوصى بغلة نخله لاحد و برقبته لآخر ولم يحمل فالنفقة فى سقيها ونحوه على صاحب الرقبة لان الملك له واذا اثمر فعلى الموصى له بالغلة لان النفع صار له فان حمل عاما ولم يحمل عاما فالنفقة على صاحب الغلة لانه اذا لم يحمل عاما كان ثمره او فر فى القابل حتى لو انفق صاحب الرقبة يستوفيه من ثمره الآتى ثم الاتى الى ان يتم ولا كذلك فى الزرع وان لم يحمل لايرجع على احد لان حقه فى الخارج وهكذا لو غاب صاحب الثمر فانفق رب النخل كما فى المقدسى (قوله فله الغلة القائمة) وغلته فيما يستقبل ويدخل فيهما الاوراق والقوائم والحطب كما اثمار فانه لو دفع الكرم معاملة يكون هذه الاشياء بينهما ماذكره فى الخانية (قوله وولدها والبنها) اشار بتأنيث الضمير الى ان المراد بالغنم جنس يشمل القليل والكثير والمضاف يكتسب من المضاف اليه ذلك ولذلك اتى بصيغة الجمع فى الشرح وقوله مافى وقت موته وذا يعلم بان تلد فى اقل من مدة حملها من زمان الموت كما فى البرجندى (قوله لانه ايجاب عند الموت) هذا هو الاصل فى هذا الباب وماتخلف من هذا الاصل فله وجه آخر عمل به فى بعض المواضع المصرح فى محله ان ما خرج من الضابط لمقتض لايقدح فيه يوضحه الفرق الآتى وقوله كالمعاملة اى على قول من يجيزها والاجارة على قول الكل ودخول الكاف فى مثله نظير لامقيس عليه فلايقدح فيه كون جواز المعاملة مختلفا فيه مع كون مانحن فيه متفقا عليه على انه تمنع المقايسة هنا بطريق آخر وهو ان الحاق الوصية بطريق الدلالة وعليه قول المصنف رحمه الله بطريق الاولوية وكونها اوسع اذ هى اغاية صور فى الدلالة دون القياس تدبر العلم عنده تعالى (قوله اما الولد المعدوم) يريد به انه لم يرد فى الشرع ورود العقد على الصوف والولد واللبن المعدوم ولم يستحق بعقدها فلايدخل تحت الوصية كما فى البرجندى (قوله لان وقف المنقول غيرجائز عنده) والجهالة من ينفق عليها ولاانتفاع بدون الانفاق وهذا التعليل هو الاظهر لما فى المحيط انه لو اوصى بظهر دابته فى سبيل الله لانسان بعينه جازت الوصية بالاتفاق لانه وصية بالاعارة وهكذا فى المبسوط وقوله وعندهما يجوز اى وقف المنقول وكذا الوصية هذا هو المراد وتكون

فى يد الامام ينفق عليها كما فى المنبع وقد سبق فى كتاب الوقف ان الفتوى على صحة وقف المنقول وذا يقتضى كونها على صحة الوصية ايضا تدبر كما لايخفى ﴿فصل﴾ عقب وصية المسلم بوصية الذمى لكون الكفار ملحقين بالمسلمين فى احكام المعاملات ومافى معناها بطريق التبعية (قوله تمليكا من الثلث) اشار به الى ان وصية الذمى باكثر من الثلث لم تجز كما لم تجز الوارثة الا انهم اجازوا لالتزامهم احكام الاسلام فى المعاملات (قوله وعندهما لا) اى لايصح يعنى مطلقا الا ان مايوصى لمعينين وتمام الكلام لما كان بالاستثناء لم يكن صدره خلاف الواقع حاصل الاختلاف فى قوم غير معينين وفى المعين اتفاق وهو المفهوم من هنا وهو الموافق للكتب وقال تاج الشريعة فى شرح الهداية قال مشايخنا الاختلاف فيما اذا اوصى بان يبنى كنيسة او بيعة فى القرى اما فى الامصار فلايجوز بالاتفاق انتهى وهكذا فى المصفى واعقبه البرجندى بان المراد بالقرية ماليس فيها شئ من شعائر الاسلام فان كان شئ منها فهى كالامصار انتهى هذا واجب الحفظ تدبر (قوله ان صنعت فى الصحة) اشار بهذا القيد الى انه لو اوصى بجعل داره معبدا زال ملكه عنه ولم يورث لان وضع الوصية لازالة الملك والبناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك البانى الا فى بناء مساجد المسلمين كما فى الحماية فظهر ان ماصنع الذمى من المعبد فى صحته لم يكن كمسجدنا والتحقيق فيه ان معبدهم ليس بمجرد العبادة بل لها ولمنافع الناس حيث يسكنون فيه و يدفنون موتاهم فلم يصر خالصا لله تعالى لبقاء حق العباد فيه فيورث حتى لوكان المسجد على هذه الصورة يورث ايضا كما فى المقدسى وغيره (قوله وفى المرتدة) نقل صاحب النهاية عن زيادات صاحب الهداية قال بعضهم لايصح منها وصية وان صحت من الذمية لما ان الذمية تقر على اعتقادها بخلاف المرتدة حيث لاتقر على اعتقادها ورجح الزيلعى كون المرتدة كالذمية فتصح وصيتها الا انها لاتقتل ونقل عن العتابى ان وصايا المرتدة نافذة بالاجماع وصحح قاضيخان ان المرتدة كالذمية فيجوز منها مايجوز منها ومالا فلا فظهر ان مااختاره المصنف هو الموافق لما فى هذه المعتبرات ولما سبق فى باب الرد انها لاتقتل وعقوبتها انما هى حبس حتى تسلم كما هو ظاهر الرواية ﴿تنبيه﴾ (قوله لما كان ههنا مسائل مهمة فهمت مما سبق ضمنا) هذا تحقيق من المصنف ان مايذكر فى حيز التنبيه متعلق بما تقدم بحيث لو تأمل متأمل لفهمه من ذلك بخلاف مايذكر فى حيز الترتيب وهذا هو الفارق بينهما وقد سبق (قوله اشارة الى ماذكر) اى ماذكر من كون المسائل مفهومة مما سبق وكونها واجبة الحفظ وكون كثير غافلا عنها ﴿الباب الثانى فى الايصاء﴾ اخر هذا الباب وختم به الكتاب اما الاول فلان الوصى ممن ينفذ وصية الموصى فيتوقف نصبه على وجود هما كما هو الظاهر واما الثانى فلان الايصاء آخر عمل المكلف فى ان يتصرف فى ماله فانه لما تعين انقطاع عمله بالذات احال التصرف الى الوصى هذا ومايقال فى وجه التأخير قلة المسائل ليس بوجه بل القلة كثير مايقتضى التقدم صرح به ابن عطية فى تفسير قوله تعالى لايغادر صغيرة ولا كبيرة و بنى عليه باب التغليب تدبر كما لايخفى (قوله جعل الغير وصيا ولو امرأة) كما فى فتح القدير فى كتاب القضاء والمراد بالجعل تفويض التصرف اليه فى ماله بعد موته اذ التفويض قبل موته توكيل وهو الفرق بينه و بين الايصاء (قوله وقيل عنده) اى فى حضرته والمراد علم الموصى قبوله و لو بكتاب اورسول كما فى المجتبى والمقدسى وقوله فلوجوزنا رده اى من غير علم الموصى وهو المراد وعليه تصوير المسئلة وقوله لصار الميت مغرورا وذلك باطل الا يرى ان الوكيل اذا اخرج نفسه من الوكالة لايصح الا

بعلم الموكل دفعا للغرور والضرر المنهيين فلان يجب نفي الضرر والغرور عن الميت اولى لانه احق بالنظر كما في المنبع والكافي (قوله اي الموصى اليه ان لم يقبل الخ) اشار به الى ان قوله وان رد ثم قبل الخ عطف على جواب ان سكت والمستكن في رد وقبل عائد الى الساكت بل الظاهر ان قوله ولزم ببيع شئ الخ عطف عليه ايضا وقوله وان جهل تذييل للتعميم تدبر كما لا يخفى (قوله ولزم اي الايصاء ببيع شئ الخ) اشار به الى ان قبول الوصاية بالفعل بعد موت الموصى كالقبول بالقول يعني اذا باع الساكت بعد موت الموصى شيئا من التركة استقرت وصايته ولزمت لان ذلك دلالة قبولها واستلزم هذا اللزوم نفوذ هذا البيع لانه تصرف وصي وتصرفه صحيح نافذ ولذلك صرح به في الشرح تحقيقا لما اشتمل عليه المتن وقيد بالبيع ولكن عرضه على البيع كالبيع كما في القنية وكذا الشراء من التركة وكذا اقتضاء دين الميت كما في المنبع (قوله لثبوته متعلق بقوله اثبات) وقوله كالوراثة تنظير للايصاء اذ هي صحت بغير علم الوارث وقوله لثبوته متعلق بقوله اثبات الولاية والفاء في قوله فلا يصح رابطة جواب شرط محذوف اي اذا كان التوكيل اثبات الولاية لا استخلافا لم يصح ومن عبارة عن الوكيل وقوله كاثبات الملك الخ تنظير للتوكيل اذ هو لم يصح بغير علم مثلا قال رجل بعت هذا العبد لفلان وفلان ليس في مجلسه فقبل القبول تصرف فلان في العبد لم يصح العقد به و لم يثبت الملك له وكذا الهبة هكذا افاد ارشد الدين في فوائده (قوله واوصى الى عبد لغيره الخ) عطف على قوله اوصى الى زيد لاعلى شرطية قبله كما ظن ولم يذكر الصبي الا ان حكمه حكم العبد كما في المنبع وقوله هذا اللفظ يشير الى صحة الوصية الخ ويبتني على هذه الصحة ان جميع ما صنع هذه الاوصياء قبل اخراج القاضي جائز كما في الاقطع وايضا ان القاضي لم يخرجهم حتى عتق العبد واسلم الكافر وتاب الفاسق تركهم لما ان مانع التقرير هو الكفر والرق والفسق وقد زال فلا يكون له حق النقض واما الصبي فعند ابي حنيفة لا يكون وصيا وعندهما يكون وصيا ومن المشايخ من جعل ذلك على الاتفاق فحينئذ لابي حنيفة روايتان هذا وباقي التفصيل في شرح ادب القاضي للصدر الشهيد ولو اوصى الى مكاتبه او مكاتب غيره صح لانه في منافعه كالحر وان عجز فكالقن كما في المقدسي (قوله وليس بمولى عليه الخ) يريد بهذا القيد ان يكون العبد اهل النظر انما هو في الجملة كما في اخويه لانه ليس بمولى على التصرف من جهة مولاه وفرض المسئلة على ان العبد عبد الغير فظهر ان هذا القيد غير مستغنى عنه كما لا يخفى (قوله واوصى عبده صح) قيد به لما ان الخلاف الآتي في الشرح عليه اذ لو اوصى الى مكاتبه او مكاتب غيره صح بالاتفاق كما في البرجندي نقلا عن المحيط وقوله وعندهما لا يصح مطلقا والمراد ان للقاضي ان يخرجه عن الوصاية ويقيم غيره مقامه لا انه وقع باطلا حتى لو تصرف قبل ان يخرجه القاضي نفذ تصرفه كما في الحقايق فظهر ان المراد من صح لزم ومن لا يصح لا يلزم تدبر (قوله فانه مولى عليه من مولاه) وتمكن المولى من الحجر عليه فلا يستبد بالتصرف (قوله لم يعزله القاضي) بل ضم اليه غيره ظاهره على ان ليس للقاضي عزل وصي الميت ما لم يظهر منه خيانة بل انما له الضم فظهر منه ان ليس له عزل امين قادر بالطريق الاولى وهو مختار القدوري وقول بعض المشايخ وعليه اصحاب المتون ولكن الامام المعروف بخواهرزاده ساق كلامه على وجه ان للقاضي ذلك في الفصلين سيما في فصل العجز وانه كلام الجمهور كما في الخانية وانت خبير بان العمل في مثله بما اختير في المتون اولى مما اختير في الفتاوى (قوله ولو شكى الوصي الخ) وكذا

لو شكى الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي لايجيبهم حتى يبدو منه خيانة اذ الظالم قد يكون شاكيا فالم تبين خيانته لا يعزله وان علم منه خيانة عزله كما في المنبع (قوله اي لايجوز للقاضي) اخراجه يشير به الى ان القاضي لو عزل العدل الكافي وصي الميت ينعزل نص عليه الامام خواهرزاده ولكن قال شيخ الاسلام عبدالبر قد صرح به في وسيط المحيط ان القاضي يصير جابرا آثما فظهر ان المراد بعدم الجواز ليس عدم الانعزال بل كونه آثما بالعزل وقد عرفت كون العمل بما في المتون اولى والظاهر ان يهتم عند الفتوى او الحكم في ان الانفع هو الابقاء او النصب هذا ملحق في سنة ١٠٨٤ (قوله ولو الى كل منهما بالانفراد) هذا هو الصحيح في مبسوط شمس الائمة والكافي وهو قول ابي بكر الاسكاف وهذا ترجيح من المصنف قول ابي بكر الاسكاف على ماقوله ابو القاسم الصفار من ان الخلاف فيما اذا اوصى اليهما معا واما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة فينفرد كل منهما بالتصرف بلا خلاف وان قال الفقيه ابو الليث قول ابي القاسم الصفار هو الاصح وبه نأخذ تدبر (قوله ثم استثنى الخ) والاشياء المستثناة هنا من باب الضرورة ومن المقرر ان مواضع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع كما في المنبع (قوله ورد وديعة) وكذا رد مغصوب معين ومشترى معين بشراء فاسد وكذا قضاء الدين من جنسه بخلاف ما لو كانت التركة من خلاف جنسه فحينئذ لاينفرد احدهما في قضاء الدين منه وكذا طلب الدين اذ لاحاجة فيه الى الرأي كما في الوقاية والحماية واعلم ان التقاضي اعني اقتضاء الدين ذكر في الهداية والكافي مما يحتاج الى الرأي والولاية كالبيع والرهن والاجارة والكتابة وما اشبه ذلك والتوفيق بينهما ان التقاضي يراد به الطلب مع القبض ولاشك انه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما بخلاف الطلب المجرد تدبر كما لا يخفى ولو وكل احد الوصيين صاحبه في بيع ونحوه وجاز بالاتفاق لانه اجتمع فيه رأيهما كما في المحيط (قوله اوالى آخر) هذا التعميم مستدرك بالنظر الى التفريع المذكور اذ المتصرف وحده انما هو الحي اذا اوصى اليه الوصي الميت واما اذا اوصى الى آخر فليس له تصرف وحده اذ لم يكن لنفسه تصرف وحده فكيف يكون ذلك لمن ينوب منابه ومن ذلك لم يقل به احد فظهر ان الصواب في المتن والشرح ان يقال هكذا فان اوصى الى الحي فله اي للحي التصرف في التركة وحده لان رأي الميت باق حكما برأي من يخلفه والى آخر فله ان يتصرف مع الحي ولا ينفرد احدهما كما في حيوة الوصي الميت هذا هو الموافق للهداية والكافي بعد امعان النظر في كلاميهما والمصنف لم يمعن النظر ومن ذلك لم يصب هذا ملحق في سنة ١٠٨٤ (قوله فله اي لمن اوصى اليه الوصي الخ) هذا التعميم هو الموافق للكافي والهداية ولكن لم ينكشف لي سر جواز تصرف الآخر الذي نصبه الوصي الميت في التركة وحده بل اللازم من السوق ان لايجوز تصرفه الامع الوصي الحي تدبر العلم عنده تعالى وقوله ضم اي القاضي اليه غيره او جاز تصرفه وحده فحينئذ لاحاجة الى الضم كما في شرح ادب القاضي للصدر الشهيد ثم هذا متفرع على قول ابي حنيفة ومحمد واما على قول ابي يوسف فينفرد الحي منهما بالتصرف كما في حال حيوتهما ثم اذا اوصى الى رجلين ففسق احدهما فالقاضي مخير ان شاء اطلق الثاني ان يتصرف وحده وان شاء ضم اليه آخر مستبدلا الفاسق وبالجملة لا يعمل العدل مالم يرفع الامر الى الحاكم هذا عندهما وعند ابي يوسف ينفرد كما في شرح الصدر ايضا (قوله نصب القاضي وصيا الخ) هذه المسائل مأخوذة من القنية وهذه المسئلة مأخوذة من القنية وهذه المسئلة منسوبة الى ابي ذر رضي الله تعالى عنه فيها وقوله وينعزل اي عدل غير كاف (قوله قيل قائله السمرقندي) في مجموعاته (وينعزل به

ايضا الخ) هذه المسئلة مذكورة فيها بعلامة (شب) وهي شرح خواهر زاده فيكون القائل خواهر زاده لا السمر قندي يؤيده ماقال في العمادية ولو كان عدلا كافيا فعزله ذكر خواهر زاده انه ينعزل وذكر القدوري والطحاوي انه لبس للقاضي ان يخرج الوصي من الوصاية ولا ان يدخل معه غيره الا اذا ظهرت خيانته اوفسقه اوعجزه وقوله فاذا انعزل وصي الميت الخ هذا منقول من استاذ صاحب القنية وترجيح لما ذكره خواهر زاده الا ان ابن قاضي سماونه صحح عدم الانعزال وعلله بانه كوصي وهو اشفق بنفسه من القاضي فكيف يعزله وقال وينبغي ان يفتى به لفساد قضاة الزمان وعليه ظاهر المتون وهو يفتى امين يقدر (قوله فهو وصيه الخ) اشار باطلاقه الى انه وصي في التركتين سواء ذكر تركة نفسه فقط او تركة موصيه فقط اوذكرهما معا اولم يذكر شيئا وجعله وصيا مطلقا هذا عند الامام خلافا لهما في الاولين وعليه عبارة ملتقى الابحر (قوله كالجد) يريد به ان ولايته ثابتة للموصي في المال ينتقل الى الوصي وفي النفس ينتقل الى الجد كتزويج الصغار والصغائر واستيفاء القصاص ثم الجد فيما انتقل اليه قائم مقام الاب فكذا الوصي فيما انتقل اليه قائم مقام الموصي وباقي التفصيل في الشروح (قوله عن ورثة غيب) اطلق فشمل الصغير والكبير كما في الجاية وقوله حتى يرد الى الوارث بالعيب فيما اشتراه المورث ويرد عليه به فيما باعه المورث ويصير معزورا الخ حتى يرجع بقيمة الولد وبثمن امه المستحقة على بايع المورث فيكون غروره كغروره لخلافته عنه وقوله فيكون خصما للوارث اي عن الوارث الكبير الغائب اما لو كان صغيرا فلا حاجة الى غيبة مسئلة المتن كما في فوائد رشد الدين (قوله واوصى الى زيد ولبكر بمبلغ) لايقال معنى ايصاء بالى غير معنى ايصاء باللام فكيف يصح عطف ولبكر على الى زيد فيؤدي الى تعميم المشترك لانا نقول التحقيق ان هذا من قبيل تنويع معنى واحد بالاضافة الى المحل على نوعين اي جعل زيدا وصيا وبكرا موصى له بمبلغ فلا يلزم تعميم المشترك تدبر العلم عنده تعالى (قوله ولا يكون مغرورا بشراء الوصي) ولم يقل حتى يكون الولد رقيقا وان صرح به في الكافي وكان مقتضى نفي الغرور الذي هو في كلامهم هنا لما نص عليه في العمادية وغيره انه لو استولدها على هبة اوصدقة اوشراء وفاسدا اووصية اخذ المستحق الجارية وقيمة الولد لان الموجب للغرور ملك مطلق للاستباحة في الظاهر وقد وجد ويرجع اب الولد بقيمة الولد على البايع وبالثمن ولا يرجع عليه بالعقر ولا يرجع على الواهب والمتصدق والموصي بقيمة الولد لما ان مجرد الغرور لايكفي لاثبات حق الرجوع بل انما يثبت في عقد المعاوضة لا في عقد التبرع ولما ذكر في الخانية ان الموصى له بالجارية اذا استولدها ثم استحقت فانه لايرجع على بايع الموصي لابالثمن ولا بقيمة الولد كما لايردها بعيب وجدبها فظهر ان الولد لايكون رقيقا وان اب الولد كما لايرجع بثمن الجارية ولا بقيمتها ولا بقيمة الولد على الواهب والمتصدق والموصي لايرجع على بايع واحد منهم لعدم الخلافة له وان مافي الكافي لبس بصحيح ولله در المصنف في التهذيب حيث ترك هذا التفريع مع ان الكافي من مأخذ كتابه (قوله فلا يكون الوصي خليفة عنه) اي عن الموصى له غيران الوصي لايضمن ولو تصرف بفعل غير مشروع وهو المقاسمة لان الوصي امين بعد القسمة ايضا لما ان له ولاية الحفظ فافرازه للحفظ فلا يؤدي الضمان فاذا هلك ما افرزه صار كان التركة هو الباقي فيكون للموصى له ثلثه كما في تكملة المولى زكريا (قوله وللقاضي قسمتها) اي التركة واخذ قسطه اي قسط الموصى له الغائب اطلقه فشمل انه غاب بعد موت الموصي وبعد قبوله الوصية اوقبل

قوله فيكون فيه اشارة الى ان للقاضي قسمتها وقبض قدر الوصية عن الموصى له الغائب وان كان بعد لم يقبل الوصية لما مر ان موته بلارد يعد قبولا فالم يتقرر منه الرد يصح مقاسمة القاضي تدبر العلم عنده تعالى واشار بالاخذ الى انه انما يصح مقاسمته مع الورثة اذا دفع الى احد الفريقين نصيبه حتى اذا هلك احد النصيبين قبل الدفع هلك من الجملة لان القسمة لابد وان يكون بين اثنين فلا يصح ان يكون نفسه مقاسما ومقاسما كما في فوائد ارشد الدين وقوله وقد ضاع المقبوض اى في يد القاضي اوامينه قال الامام المحبوبي تقسيم القاضي عن الموصى له الغائب انما يصح اذا كانت التركة مما يوزن ويكال اما اذا لم تكن منه فلا يصح لان في القسمة في غيره مبادلة كالبيع فكما لا يجوز بيع مال الغائب لا يجوز قسمته ومن هذا وضعت المسئلة في الهداية على الدراهم كما في العناية وغيره (قوله لم يكن له على الورثة سبيل) اشار به الى ان ليس له سبيل على القاضي او امينه بالطريق الاولى لانه امين لم يصدر منه تعد وتقصير ولذا لم يتعرض له وان صرح به في بعض الشروح (قوله فهلك في يده اويد من يحج عن الموصى حج بثلث ما بقي) هذا عند ابي حنيفة وابطل ابو يوسف الوصية ان استغرق المفرز الثلث ومحمد مطلقا وقد سبق التفصيل في الحج ولذلك لم يتعرض هنا له بقي هنا كلام وهو ان ما ذكرهنا في عامة شروح المتون ان هذا الاختلاف على ان لا فرق في ان يهلك المفرز في يد الوصي اويد من يحج عن الموصي ولكن نص الامام قاضيخان والامام المحبوبي ان هذا انما هو فيما لو هلك في يد من يحج عنه اما لو هلك في يد الوصي بعد ما قاسم الورثة قبل الدفع الى من يحج عنه من ثلث ما بقي بالاتفاق وعبارة الهداية ظاهرة فيه ولذلك صور المسئلة صاحب العناية ثمه على ما نص به الاماما ن وارشد الدين هنا كذلك (قوله صح بيعه) اى الوصي عبدا من التركة لقضاء الدين كما في صدر الشريعة واطلق العبد ولكن المراد عبد غير ماذون مديون اذ لو كان ماذونا مديونا لا يبيعه الوصي من غير رضاء الغرماء بل المولى كذلك لان لغريم العبد حقا في استسعائه فلا ينفذ بغير اجازته كيلا يبطل حقه في عين العبد وصورته فحينئذ ينكشف سر قوله وسره اى سر صحة بيعه غاية الانكشاف وقوله وهي المائة (قوله باع اى الوصي) قيد به اذ لو باع القاضي والمسئلة على حالها لم يضمن القاضي ولا امينه اذ لا عهدة عليه كيلا يجتنب عن تقلده فيتعطل مصالح الناس وقوله وهذه اى الاستحقاق وتأنيثه باعتبار الخبر (قوله ورجع في التركة) وان هلكت اولم تف لم يرجع بشيء على الورثة ولا على المساكين لو تصدق عليهم لان البيع لم يقع الا للميت فصار كسائر ديون عليه وفي المنتقى لا يرجع على التركة بل على المساكين الآخذين للثمن لان غنمه لهم فغرمه عليهم وهذا قياس وما ذكر استحسان ووجهه ان الميت اصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب والفقير تبع له كما في العناية وغيره (قوله باع حصة الصغير) الصواب عبد الصغير ومثل هذا قد يقع من طغيان قلم الناسخ الاول وسياق كلامه يعينه كما لا يخفى (قوله ويدفع مضاربة وبضاعة) وهي ان يبعث الوصي طائفة من مال الصبي للتجارة ان ما حصل منه للصبي وكذا له ان يدفع ماله شركة لان جميع ذلك من صنيع التجار وله ولاية التجارة في مال الصغير كما في البرجندي والخانية (قوله وليس للاب تحرير رقنه) اشار به الى ان ليس ذلك للوصي وصي الاب او القاضي بالطريق الاولى كما في العمادية (قوله وله اى للوصي التجارة) هذا تعميم بعد التخصيص اذ يدخل

في التجارة المضاربة والبضاعة ايضا هذا الجواز اذا كانت لليتيم اما اذا اتجر لنفسه بمال الميت وقد نصب وصياله او بمال اليتيم لم تجز وهذا هو المراد بما ذكر في الهداية وسائر المتون ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة فلا مخالفة بينه وبين ما ذكره المصنف اوله من العمادية نقلا عن المبسوط وآخره من الخانية فظهر ان في المال في عبارة الهداية اعم من ان يكون مال الميت مطلقا وان يكون مال يتيم نصب هو وصياله تدبر (قوله لا الاعسر) وكذا لم يجز قبول الحوالة لو كانا متساويين نص عليه المحبوبي وفي الذخيرة اختلف المشايخ فيه والصحيح عدم الجواز كما في المنبع والنهاية فظهر منه انه قال لا المماثلة في الصحيح فعدم جوازه في الاعسر يكون بالطريق الاولى وذكر في الخانية ان هذا اذا وجب الدين بمداينة الميت اما اذا وجب بمداينة الوصي فيجوز ان يحتال وان لم يكن املاء من الاول (قوله ولا يقرض) اى الوصي مال اليتيم ومع هذا لو اقرض لا يكون خيانة حتى لا يستحق به العزل كما في العمادية وذكر في ادب القاضي للخصاف لو اقرض الوصي كان ضامنا كما في المنبع والتوفيق بينهما ما ذكر في جامع الفصولين وغيره من ان الضامن وصي القاضي وغير الضامن وصي الميت وقوله بخلاف القاضي فانه قادر عليه هذا اذا لم يجد من يضاربه اما اذا وجده فيعطيه لانه انفع واطلق الاقراض ولكن انما يقرضه من ملي وايضا للاب اقراضه اذ له الايداع بل الاقراض اولى كما في جامع الفصولين وقيد بالاقراض فان له الاقراض اوملياً عند محمد خلافا لابي حنيفة كما في العمادية يدل على جواز الاستقراض ما في المنتقى ان الوصي لو استقرض بذر اليتيم وزرع ارض نفسه فالزرع للوصي والقول قوله انه زرعه لنفسه وكذا لو زرع بذر نفسه في ارض اليتيم اما لو زرع بذر اليتيم في ارض اليتيم وزرع لم يصدق انه بذر لنفسه كما في المنبع (قوله بما يتغابن) وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين هذا اذا عقد مع غيره اما لو شرى لنفسه من مال اليتيم او باع له شيئا فيجوز عند الامام وعند ابي يوسف في رواية اذا كان لليتيم نفع ظاهرا كبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة وشراء ما يساوي عشرة بخمسة عشر وقول محمد وظاهر روايتي ابي يوسف ان لا يجوز بكل حال هذا في وصي الاب اما وصي القاضي فلا يجوز بيعه من نفسه بكل حال وهذا بالاتفاق كما في المقدسي والجناية والاب شراء مال الصغير لنفسه ان فقد الضرر كأن يكون بمثل القيمة او غبن يسير بعد ان يكون في ماله وفاء والجد كالاب في ذلك كما في شرح الطحاوي (قوله فكذا وصيه في ان يلي ما سواه ولا يليه) وقوله وكان القياس ان لا يليه الوصي اى ان لا يلي الوصي ما سوى العقار وقوله اذ لا يملكه الاب على الكبير تبع المصنف في هذا التعليل صاحب الهداية الا انه مناف لقوله لان الاب يلي ما سواه ودفع صاحب الكفاية هذه المنافاة بالحمل على ان المعنى الاب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ والنظر ورده المولى قاضي زاده بان الوصي كالاب في ذلك من غير فرق على ما ذكر في وجه الاستحسان بل التقرير الحسن هنا ما في التبيين وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا ولا الاب كما لا يملكه على الكبير الحاضر الا انه لما كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا فيما يتسارع اليه الفساد لان ثمنه ايسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه واما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع انتهى (قوله واما اذا كان فيملكه بقدر الدين) هذا بالاجماع واما بيع عقار يزيد على قدر الدين فعند ابي حنيفة يملكه وعندهما لا يملك كما في المنبع هذا اذا كان الكبير غائبا مسيرة ثلاثة ايام كما في العمادية وعليه وضع المسئلة اما اذا كان حاضرا فكذلك اذا لم يقض الوارث الكبير من خالص ملكه او استغرقت التركة بالدين وقيد بالدين وكذلك وصية مرسلة

من غير فرق كما فصل فى المنبع (قوله اوللدين) اطلقه ولكن المراد اذا لم يوجد عروض اولم يف ثمنها واحتيج الى ثمن العقار و هذا التفصيل مراد فى المسئلة السابقة واللاحقة كما صرح به فى الشروح و قوله قال فى الهداية الخ حاصل ما فيه ان العقار يباع لنفقة الاب لجوازه لنفقة الصغير وهوماله بالطريق الاولى والضمير المجرور فى ماله ونفقته عائد الى الاب وقوله اواشرافه الى الخراب بان يكون الحانوت اوالدار يخاف عليه النقصان والتداعى الى الخراب (قوله لايجوز اقراره بدين) وكذا لم يجز اقراره على الميت بوصية كما فى النوازل (قوله فيصح فى حصته) ولم يتعرض ان هذه الصحة فى ان يؤخذ كل الدين من حصته او ان يؤخذ من حصته قدر ما هو حصته من الدين وقدسبق فى كتاب الاقرار ان المصنف لم يرجح احد القولين على الآخر فى المتن لما ان الثانى وان كان استحسانا الا ان الاول ظاهر الرواية (قوله واما الوصيان فلاثباتهما لانفسهما معينا) و بضم القاضى اليهما ثالثا تضمن شهادتهما اقرارهما بوصى معهما وهو حجة عليهما فلاية صرفان بدونه فصار كأنه له ثلثة اوصياء مات احدهم فينصب القاضى بدله كما فى الشروح (قوله الا ان يدعيه المشهودله) الضمير المنصوب للايصاء لم يثبت هذا اللفظ فى المتن ولا حاجة لصيرورته متنافيحمل المتن على عدم ادعاء المشهودله الايصاء ومثل هذا الاجمال فى المتن كثير لايعد خللا لايخفى على من تدرب و يقرب منه عدم تعرضه الى ضم القاضى اليهما ثالثا بقى ان القاضى لوقبل شهادتهما فى الصورة الاولى وعينه معهما فقيل ينبغى ان يصح كذا افاده المقدسى (قوله واما الابنان لاشك فى ان لابد من بلوغهما) فحينئذ ما الحاجة الى الوصى فيحمل على ان يكون معهما صغير اوهناك دين او كبير غائب كذا افاده المقدسى وكذا لوكان فى التركة وصية اقول الظاهر ان بشهادتهما لم تسقط مؤنة التعيين عن القاضى حتى لوقبل شهادتهما فى المشهود به وعينه وقيل ينبغى ان يصح ولكن صحة وصايته انما هى من تعيين القاضى لا من شهادتهما تدبر العلم عنده تعالى (قوله فلان التصرف فى مال الصغير للوصى) فيشهدان لانفسهما ولاية التصرف فى المشهود به وقوله لان له ولاية الحفظ الخ ونوهم عود الولاية بجنون الكبير والمراد بولاية البيع بيع المنقول لما سبق و فى شرح ادب القاضى للخصاف لايجوز شهادة الوصى للميت ولا لليتيم لانه الخصم فى ذلك قال والوصى اذا عزل فشهد لاحدهما لاتقبل لانه كان خصما فيه وان لم يخاصم الآن بخلاف الوكيل بالخصومة اذا عزل قبل ان يخاصم حيث يجوز شهادته عند ابى حنيفة ومحمد كما فى المنبع (قوله بخلاف الشهادة بوصية الف) يعنى لوكان شهادة كل فريق للآخر بوصية الف لم يجز والمراد وصية بجزء شايع اذ لوكان الوصية بعين بعينه يجوز بالاجماع كما فى المنبع (قوله هذا قولهما) و فى الهداية وابو حنيفة فيما ذكره الخصاف مع ابى يوسف اى لاتقبل فى الفصلين وعن ابى يوسف مثل قول محمد فتقبل فى الدين دون الوصية فصار لابى حنيفة روايتان ولابى يوسف روايتان وعن محمد رواية واحدة فى الدين واما فى الوصيه فلاتقبل بالاتفاق كما فى الفوائد الحميدية وعن الحسن بن زياد وعن ابى حنيفة ان هذا اذا جاء الفريقان اذا جاؤا جميعا وشهدوا فالشهادة باطلة واما اذا شهد اثنان لاثنين قبل شهادتهما ثم ادعى الشاهدان على الميت بدين الف درهم فشهد لهما الغريمان الاولان فشهادتهما جائزة فصار فى المسئلة ثلث روايات عن الامام كما فى شرح صدر الشهيد فى ادب القاضى (قوله وقال ابو يوسف لاتقبل فى الدين ايضا) قال الشيخ قاسم فى حاشيته للمجمع وعلى قول ابى يوسف اعتمد النسفى والمحبوبى قلت ان اراد بالنسفى صاحب الكنز فانما فيه قول محمد وليس فى كافيه ما يرجح قول ابى يوسف

ولو اراد غيره فلينظر ويحرر وقال المقدسي وينبغي في مثل هذا تأمل عند الفتوى اذا كان الشهود
معروفين بالخير يعمل بقول محمد والا فبقول ابي يوسف (قوله اوشهادة الاولين بعبد واومعينا)
وقال المحبوبي المسئلة على اربعة اوجه شهادة بالدين وقد سبق وشهادة رجلين بوصية
عين بعينه لرجلين ثم شهادة هذين الرجلين لهذين الشاهدين بوصية عين آخر تقبل فيه
بالاجماع اذ لاشركة للمشهود له فيه فلا يتمكن التهمة وشهادة كل فريق بجزء شائع للآخر
كشهادة كل فريق للآخر بوصية الف مرسلة لا تقبل فيه بالاجماع وشهادة فريق لآخر
بوصية عين كالعبد ثم شهادة الآخر للاول بوصية ثلث ماله اونحوه لاتقبل فيه ايضا كما في المنبع
(قوله لان الشهادة توجب شركة في المشهود به) اذ الثلث جزء شائع يوجد في العبد ايضا
فيشتركون في ثلث العبد كما في الشروح (قوله وصي الاب اولى من الجد) صح اذن الاب
والجد ووصيهما والقاضي ووصية لليتيم وقنه في التجارة لا اذن الام واخيه وعمه وخاله اذ ليس
لهم التصرف في ماله ولا الاذن في التصرف فيه كما في جامع الفصولين (قوله وههنا مسائل
مهمة الخ) ومنها ما في وصايا الكافي لو قال رجل اوصيت بثلث مالي لبني بكر وهم سبعة
فاذا هم خمسة فالثلث كله لهم ولو كانوا عشرة يختار الموصي اووارثه سبعة منهم ولو قال اوصيت
لبني بكر وهم سبعة ولزيد فاذا هم ثلثة له ربعه لان قوله وهم سبعة لغو ومنها ما في الخانية ولو طمع
السلطان في مال اليتيم فاعطاه الوصي شيئا من مال اليتيم ان كان لا يقدر على دفع الظلم
من غير اعطاء شيء لا يضمن وان كان يقدر ضمن ومنها ما في وصايا النوازل وصي مر بمال
اليتيم على جابر ويخاف ان لم يبر ينزعه من يده فبره من مال اليتيم لاضمان عليه وكذا المضارب
ولو استباع رجل مال اليتيم من الوصي بالف والآخر بالف ومائة والاول املاء يبيعه من
الاول وكذا الاجارة يوجر بثمانية للاملاء لا بعشرة لغيره وكذا متولي الوقف ومنها ما في شرح
الاصل لخواهر زاده ولو للميت وديعة عند رجل فاقرضها او وهبها بامر الوصي ضمن المودع
لا الوصي اذ لا يملكه الوصي فيبطل امره فوجوده كعدمه ولو امره بدفعها الى رجل فدفعها
لم يضمن اذ للوصي قبضها فله توكيل غيره به فقبضه كقبضه ومنها ما في العمادية معزيا الى
القاضي جلال الدين اصبي بلغ ان يحاسب وصيه هل انفق بمعروف ام لا ولكن لا يجبر على
ذلك لو امتنع ويصدق مع اليمين لانه امين ومنها ما في جامع الفصولين للقاضي نصب وصي
ليدعى عليه لو وصيه ووارثه غائبا ويكتب في نسخة الوصاية جعله وصيا ووارثه غائب مدة
السفر وفي رواية له ذلك وان لم يكن غائبا ولو اقر الكبار بدين فعلى الغريم اقامة البينة ليثبت
دينه في حق الصغار اذ لا يعمل اقرارهم في الصغار ولو اقر به كل الورثة تقبل بينة المدعى للاحتياج
الى الاثبات في حق غيرهم ايضا اذ ربما يظهر غريم آخر ودينه ظاهر ودين المقر له لا يظهر
في حقه باقرار الورثة وكذا لو اقروا بالوصية فاقام البينة تقبل ايضا ومنها ما في القنية اوصى
من ماله شيئا معينا الى صلواته وصياماته ومات والورثة كلهم كبار حضور محتاجون اليه ليس
فيهم غير راض يجوز الصرف اليهم ومافيه ايضا بعلامة (كص مست) اوصى بثلث ماله
الى صلوات عمره وعليه دين فاجاز الغريم وصيته لا يجوز لان الوصية متأخرة عن الدين ولم يسقط
الدين باجازته ومنها ما في حاوي المنية بعلامة (اسنع) اوصى لجيرانه فهي للملاصقين وغيرهم
عندهما ممن يسكن محلته ويجمع مسجدها ويستوي فيه المذكر والمؤنث والمسلم والذمي
والساكن والمالك والرقيق والاحرار في الاصح ومنها ما في الحاوي ايضا اوصى بثلث ماله قيل

لايدخل الدين وقيل يدخل وهو الاصح لان اسم المال يتناول العين والدين سواء كانا فى يده اوعلى الناس وكذا يدخل الدين المقربه بعدالموت ومنها مافى القنية بعلامة (قب) ولوا عطى فقيرا واحدا كفارات الصلوات جملة جاز بخلاف كفارة اليمين ولايجوزان يعطى كل مسكين اقل من نصف صاع فى كفارة اليمين ولافى كفارة الصلوة ومنها مافى الحاوى بعلامة (نح) ثم ان كانت الورثة اغنياء يستحب ان يوصى للصلوات والصيامات قال صاحب (اسنع) وعندى واجب وفى (دس) مثله والحمد لله الذى وفقنى لا تمام هذه الحاشية على الدرر والغرر وانا مدرس فى مدرسة مباركة ميمونة مدرسة اياصوفيه تغمدالله بانيها بالرضوان واسكنه فى اعلى غرف الجنان على نمط اظهرت ازهار معانيهما عن اكمام الاستار وعلى بسط ابرزت لطائف الاسرار من مسارح صوائب الافكار ومطامح ثواقب الانظار حتى كشفت عن وجوه مخدراتهما نقاب فوائد لم يكد يريهن طوامح اعين النظار وابرزت على منصة الظهور عروس الجأش وتحقيقات تحيرت فيها افئدة اولى الابصار بيد كاتبه العبد الفقير المدعو بعبد الحليم ابن الشيخ پير قدم ابن الشيخ نصوح ابن الشيخ موسى ابن الشيخ مصطفى ابن الشيخ عبدالكريم ابن الشيخ حمزه فقيه غفرالله له ولهم واحسن اليهم الاصول والفروع والمتون والشروح التى كتبت اساميها عند النقل عنها وقد كنت مأذونا عن الاساتذة الكرام ذوى الاحترام اسكنهم الله تعالى بحبوحة فراديس الجنان ان اروى عنهم كتب التفاسير والاحاديث والاصول والفروع والمعقول والمسموع سيما على الاصول والفروع قد دخلا فى عروقى بل اختلطا فى دمى ولحمى ثم حصل الاذن التام فى اعتكاف شهر رمضان لسنة سبع وثلثين والف من طرف من له العز والشرف ولم انفك بتوفيق الله تعالى من هذا الوقت الى الان من التدريس على العموم والخصوص فى فنون شتى ولم ازل عن التحرير والتقرير وعن التوضيح والتنقيح والتغيير وقد كتبت فى عنفوان شبابى بعد الفراغ فى الجملة عن المراجعات حاشية على شرح المنار لابن ملك وعلى شرح المولى الجامى على الكافية وفيها محاكمة فى مواضع كثيرة مع العلامة الثانى المولى عصام الملة والدين و بعد وصول هذه الحاشية الى كتاب البيوع عاقنى بعض عوايق عن الاتمام وشرعت الى تحشية المطول ودونتها الى الباب الخامس و وقع تعليقات على توضيح صدر الشريعة فى هوامشه وهوامش حواشيه وختمت تفسير البيضاوى بالتدريس درسا بعد درس وكتبت فى هوامشه وهوامش حواشيه اوجمعت يحتمل ان يكون مجلدة ثم رجعت قهقرى لهذه الحاشية بعد استخارتى والآن تيسر الاختتام بعون الله الملك العلام وقت ضحى يوم الاحد من اواسط جمادى الآخرة لسنة ستين والف الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا ان هدانا الله واعاننا عليه و وفقنا له وما كنا نقدر عليه لولا ان وفقنا و اعاننا فيه وارجو من الرب الكريم والبر الرحيم ان يوفقنى بفضله على عمل يسرنى يوم التناد ويجعل آخرى خيرا من اولى وافوض امرى الى الله ان الله بصير بالعباد اللهم رب السموات السبع و ما اظلت ورب الارضين وما اقلت ورب الشياطين وما اضلت كن لى جارا من شر خلقك كلهم جميعا ان يفرط على احد منهم اوان يبغى عز جارك وجل ثناؤك ولا اله غيرك لا اله الا انت

اللهم آت نفسي تقواها و زكها انت خير من زكاها انت وليها ومولها اللهم [illegible] نعوذ بك
من علم لاينفع ومن قلب لايخشع ومن نفس لاتشبع ومن دعوة لاتستجاب اللهم [illegible] بوجهك
الكريم من اتباع الهوى ووفقنا بلطفك العميم والتوفيق لسلوك طريق الهدى
انك ولي العصمة و التوفيق ومنك الهداية
الى سواء الطريق

طبع هذه الحاشية على الغرر و الدرر للمولى عبد الحليم في زمن يمن السلطان [illegible]
السلطان الغازي عبد المجيد خان ادام المولى ظلال رأفته على [illegible]
وقد كمل طبعه في دار الطباعة العامرة بنظارة العبد الراجي [illegible]
السيد محمد نائل في اواخر الربيع الاول لسنة سبعين و [illegible]
من الهجرة النبوية عليه الصلوات والتسليمات
الف الف

To: www.al-mostafa.com